

POKOL BÉLA

Jogelmélet és jogtörténet

A jog értelmi összefüggései a modern társadalmak komplex jogrendszereiben több értelmi rétegre oszlanak, és ezeket a jogászság eltérő csoportjai gondozzák. Ez a jogszerkezet a történelmi menetet nézve két nagy fázisban jött létre a római jogból kifejlődő európai jogokban. A római jog ezeréves fejlődésében már jórészt kifomálódott ez a jogszerkezet, majd a korai középkortól visszahanyatló állapotok után az 1100-as évektől újraindulva – és részben megismételve a korábbi ezeréves menet fázisait – több száz év alatt az 1800-as évek közepére alakult ki úgy, ahogy ma ismerjük. A tanulmány ezt a két fázist futja át, így egy jogelméleti szemléletű általános jogtörténetnek tekinthetők a következő fejtegetések. A két fázis elemzése után a jog történelmileg végbemenő absztrahálódásának formáit nézzük át, ahogy az eseti normákra szabott római jogból a regulák, maximák majd az újkori jogfejlődésben a jogelvek, az alapjogok és a jogdogmatika kategóriái egymásra épültek.

1. A római jog rétegeinek és jogász szerepeinek történeti formálódása

Mint jogelméleti kutatónak, számomra a kitűzött célhoz már elegendő az e fejlődést szakavatottan bemutató összefoglaló munkák elemzése, így elsősorban Fritz Schulz nagymonográfiáját a római jogtudomány fejlődéséről veszem alapul, kiegészítve Wolfgang Kunkel római jogászságot, illetve a nagy jogászalakokat bemutató munkájával és Franz Wieackernek a klasszikus római jog szövegrétegeit elemző anyagával¹. E nagyobb és a teljes római jogi fejlődést átfogó részletesebb elemzéseket kiegészítem Detlef Liebs posztklasszikus római jogot elemző munkájával, az angol-amerikai elemzések közül háttéranyagnak bevonom Peter Steinnek a regulákat és a jogelveket a római jog fejlődésében vizsgáló anyagát, illetve Arthur Schillernek a császári bürokrácia jogát elemző egyik kisebb írását². A hazai római jogi anyagokban a Földi/Hamza-tankönyvben található egy igen informatív vázlat a római jogtudomány fejlődési szaka-

¹SCHULZ, FRITZ: *Geschichte des römischen Rechts*. Hermann Böhlau Nachfolger. Weimar. 1961.; KUNKEL, WOLFGANG: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*. Hermann Böhlau Nachfolger. Weimar. 1952.; WIEACKER, FRANZ: *Textstufen klassischer Juristen*. Vandenhoeck und Ruprecht. Göttingen. 1960.

²LIEBS, DETLEF: *Hermogenians Iuris Epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*. Vandenhoeck und Ruprecht. Göttingen. 1964.; STEIN, PETER: *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*. Edinburgh: at University Press. 1966.; SCHILLER, ARTHUR, A.: *Factors in the Development of the Late Classical Law*. Seminar Jurist (Vol. XI.) 1953. 1-11.p.

szairól, valamint egy rövidebb összefoglalás van erről a Molnár/Jakab tankönyvben és Bessenýő András könyvében is³.

1.1 A római jogász szerepek formálódása

A XII táblás törvény idején (i.e. 450 körül) a jog felmutatása és a jogszolgáltatás a vallási előírásokat is kezelő pontifexek kollégiumának kezében volt, és ez a jognak szakrális jelleget adott hosszú ideig. Az Itália egészére fokozatosan kiterjedő római hatalom és a városi élet fejlődésének menetében az érintkezések és a kereskedelmi forgalom egy részére irányadó szabályozás lassanként elvesztette szakrális jelegét, de a szakrális jogon túl az ezt jelentő ius civilis anyaga is a pontifexek kezelésében maradt jó ideig. A papi testület működésének titkossága miatt ez a normaanyag hozzáférhetetlen volt a külső elemzés számára, de i.e. 304-től az e jog lényegét jelentő akcióformák és az eljárások részletei nyilvánosságra kerültek, majd az első plebejus pontifex maximus, Coruncanius nyilvános jogi tanácsadásban tette ismertté az addig titkos peres szabályokat. Így fokozatosan megindult a pontifexek testületéhez nem tartozók számára is az ezzel foglalkozás lehetősége. De e mellett a pontifexek közül is többen elsősorban ennek a nem szakrális jognak az elemzésével kezdtek foglalkozni, miközben a szakrális joganyag egyre kisebb területre szorult vissza az élet szabályozásában. (Noha ebben a visszaszorult formában azért még több száz évig fennmaradt formálisan a szakrális jog sok előírása a római élet mindennapjaiban.) Ez a fejlődés lassanként létrehozta a Krisztus előtti háromszáz évben a iuris consultus alakját, aki vagy pontifexként, vagy e tagság nélkül is az egyes bírói ügyekben (praetori vagy más eljárásban) a bírának és a feleknek jogi tanácsot adott a felmerült ügyben alkalmazandó jogra. Mint Wolfgang Kunkel írja, a késői köztársaság idejére már egy fontos feltétele volt a pontifexi kinevezésnek, hogy előzetesen neves jogászként hírnévre tegyen szert az erre aspiráló⁴. Kiemelt ügyekben és bírói eljárásokban a iuris consultusok maguk is felléptek védőként a perben, de az i.e. 200 körüli időktől kezdve ez egyre inkább áttolódott a görög városi életből ide átültetésre került orátorok (vagy más elnevezésben rétorok), magyarosabban a perszónokok szerepkörébe.

A görög mintára kialakult perszónokok tevékenysége az időszámításunk előtt 250 körül Rómába tömegesen beáramló görög szellemi emberek, tanítók, filozófusok által paraszti római kultúrát a magasabb fejlettségű görög szellemmel beoltó és ezt alaposan átformáló változásokkal együtt érthető meg. Az eseti-praktikus gondolkodású rómaiak szellemi életét a Platónnal és Arisztotelésszel csúcsra jutó görög logikai és tudományos gondolkodás eredményei és intézményes oktatási formái néhány évtized alatt alapvető változások felé tolták. A számunkra itt fontos jogi életben a későbbiekben ennek több irányú hatása volt. Jelentette ez egyrészt az érvelés formáinak kiemelését a pusztán jogi elemzés köréből, és önálló perbeli érvelési szakma – a későbbi ügyvéd – létrejöttét, melynek csak egyik (kisebb) szeletét jelentette a vonatkozó jogi szabályok tudása, de ennél fontosabb volt tevékenységükben a retorikai és logikai fogások ismerete, illetve ezek operatív kezelése a per menetében és vitáiban. Az orátorok/perszónokok a iuris

³FÖLDI ANDRÁS – HAMZA GÁBOR: *A római jog története és intézményei*. Kilencedik, átdolgozott és bővített kiadás. Nemzeti Tankönyvkiadó. Budapest, 2004. 84–91. p.; MOLNÁR IMRE – JAKAB ÉVA: *Római jog*. (Harmadik, átdolgozott kiadás). Leges. Szeged, 2004. 60–66. p.; BESSENYŐ ANDRÁS: *Római magánjog. A római magánjog az európai jogi gondolkodás történetében*. Dialóg Campus Kiadó. Budapest, 2003. 75–80. p.

⁴KUNKEL: 1952. 47. p.

consultusokhoz képest csak egyszerűsített jogi tudással rendelkeztek, de néhányan közülük teljesebben átvették a görögöktől a logikai és filozófiai tudást, és rajtuk keresztül a későbbiekben ez szélesebben elterjedt az egész állami életben és ennek bürokráciájában is. (Mellettük persze a teljes római szellemi életet tekintve ugyanígy a kialakuló nyelvészeti iskolák és a medicina művelői is bevitték ide a görög absztrakt logikai gondolkodás eredményeit.) De kisebb mértékben a iuris consultusok új nemzedékei is már nemcsak a korábbi római jogi gondolkodás eseti jellegét vitték tovább – noha az esetekre koncentrációt továbbra is megtartották –, hanem ezt már az absztraktabb jegyekre tekintettel kezdték végezni. Ennek következtében jött létre az a változás, hogy a köztársasági Rómában a Krisztus előtti második évszázad végén megjelent a jogi eseteken túl a iuris consultusok egy részénél a jogi értekezésekben jogot elemző tevékenységük is. Így, miközben a perbeli fellépésekből egyre inkább kivonultak, és helyettük ezt már kizárólagosan az orátorok kezdték ellátni, a iuris consultusok a gyakorlati peres tanácsadás mellett az elméleti jogi munkát is kezdték kialakítani. Az orátorok és a iuris consultusok mellett az egyszerűbb jogi munka és képviselő ellátására erre az időre már nagyobb tömegben működtek a tabellisták (tabelliones), az oklevélszerkesztők.

A konkrét peres ügyektől már elszakadó és csak pusztán jogi oktatással és elméleti jogi elemzéssel foglalkozó „akadémiai jogász” alakja azonban a köztársasági Róma életében még nem alakult ki. Még rétori iskola sem volt itt hosszú ideig, és például Cicerónak barátjával, Servius Tullius-szal még Rhodosz szigetére kellett menni rétoriskolába, mert Rómában ilyen akkor még nem létezett⁵. Jogi iskola csak a principátus kezdetének évtizedeiben kezdett kialakulni, és addig a iuris consultus, a jog tudójának nevelése magánoktatás formájában történt. Mint Fritz Schulz leírja, a iuris consultusszá válás az időszámításunk előtti évszázadokban csak úgy volt lehetséges, hogy egy rokonnak vagy a család barátjának számító iuris consultushoz és annak háznépéhez csatlakozott a jövőendő jogász, és mint dominust tisztelve, vele lakva, responsum adásához, esetleges peres fellépéseihez elkísérve és segítve a mestert, sajátította el a jövőendő iuris consultusi tudását⁶. A görög mintájú nyilvános iskolák Rómában csak később terjedtek el, és különösen a jogi oktatásban ez csak lassan haladt előre, már csak azért is, mert ez a tevékenység – minden zárt papi jelleg levetése mellett is – csak az előkelő családok számára volt fenntartva. Mint Kunkel írja, a nyilvános jogi tanácsadás az előkelő családokból származó jogászok számára azért jelentett e pálya vonzerőt, mert így városszerte ismertté és híressé válva a város vezetésébe való beszálláshoz és a politikusi karrierhez ez kiváló segítséget adott⁷. A principátus első évtizedei után a tömegesebb jogászság iránti igény alakította ki, hogy fokozatosan két nyilvános jogi iskola kezdett működni Rómában, az alapítók, illetve az első tanárok után elnevezve a szabiniánusok és a prokuliánusok iskolája. Ez a fejlemény vezetett el ahhoz, hogy a Krisztus utáni második évszázadban már két olyan, klasszikus jogásznak számító nagy jogász neve és műve is fennmaradt, akik a gyakorlati jogi életben és a reszponzumadásban már nem vettek részt, és tisztán csak jogi oktatással foglalkoztak, illetve ehhez írtak műveket. Ők Gaius és Pomponius voltak, de előttük Masurius Sabinus is sok évig csak jogtanárként működött Rómában, és az e tevékenysége nyomán szerzett tekintélye révén megkapott császári ius respondendi alapján kezdett el idősebb korában gyakorlati jogi tanácsadással is

⁵ CICERO: *A szónok*. In (uő): Válogatott művei. (Ford. Kárpáthy Csilla) Európa Könyvkiadó Budapest, 1987. 249. p.

⁶ SCHULZ: 1961. 68. p.

⁷ KUNKEL: 1952. 58. p.

foglalkozni. Ugyanígy a kelet-római részekhez tartozó Berytosban a Krisztus utáni évszázadokban egyre nagyobb nevet kivívó jogi iskola működött, melynek tanárai Jusztiniánusz nagy jogi összegzésének elkészítésében is részt vettek.

A principátus idején még kb. az időszámításunk utáni 220-as évekig a jog középpontjában a *iuris consultusok* álltak a jog szuverén kezelésével, akik értekezéseket írtak a jog összegzésére, továbbá egyedi reszponzumaikban a perbeli képviselőt ellátó perszónoknak és az esetekben döntő bíráknak, illetve az évenként megválasztott praetoroknak és aediliseknek adtak segítséget és útmutatást az ediktumaik kialakítására – mely a XII táblás törvényen túl egyre inkább a jogi anyag nagy részét tartalmazta –, és ezekben az írásokban a jogot szuverén módon, csak a korábbi *iuris consultusok*ra hivatkozással állapították meg, formális jogforrásokat – törvényt, szenátusi határozatokat – alig idézve. E teljes joganyag-alakításukon belül az évenkénti ediktumokban kialakult joganyag teljes egészében az ő alkotásuk volt, és ezt a fokozatosan stabilizálódó ediktum-joganyagot a későbbi évenkénti ediktumokban már csak továbbfejlesztették. Ez rögzítődött aztán véglegesen, amikor Hadriánus császár utasítására a kor híres *iuris consultus*a, Salvius Iulianus 130-ban végleges formába öntötte (*edictum perpetuum*), és egy szenátusi határozatban kihirdették⁸. Ettől kezdve a *iuris consultusok* folyamatos ediktum alkotása megszűnt, és a mindenkori új praetorok ehhez a rögzített ediktumhoz már kötve voltak. Az állami döntési folyamathoz kötött és a *iuris consultusoktól* elszakított joganyag másik formája volt a principátusból dominátusba átfejlődő római birodalomban a 290-es évektől az, hogy a központi császári hivatal, a korábban híres külső *iuris consultusokból* álló konzíliuma átalakításával, császári apparátusi jogászokból álló állandó konzíliumot hoztak létre a császár bírói döntéseinek kialakítására. Amikor egy alacsonyabb szintű bíróságtól fellebbezni lehetett a császárhoz, vagy a birodalom minden részéből érkező egy-egy vitás esetre leiratot (reskriptum) kérő levelek sokaságát meg kellett válaszolni – illetve ehhez a császár nevében a döntést meg kellett hozni –, ez az állandóan működő állami jogász apparátus lépett munkába. Ezzel a korábbi önálló *iuris consultus*i reszponzumok – melyek gyűjteményei és az ez alapján írt értekezések tartalmazták a jogot – leértékelődtek, és ettől kezdve a reskriptum-gyűjtemények és az ezek mellett kiadott császári konstitúciók váltak a jog középpontjává. A szabadon formálható reszponzumokban levő jogi álláspontok ezzel a változással egy szelektált átömléssel kötelező és rögzített állami joggá váltak, melyet ettől fogva már csak a központi állami apparátusok változtathattak meg.

Iuris consultusok persze ezután is működtek egészen a római birodalom bukásáig, de a 300-as évektől kezdve már csak a perszónoknak/advokatusoknak nyújtott jogi tanácsadás jelentette tevékenységüket. Ezekben az évszázadokban a jog szívéét a császári állami jogászok jelentették, és termékük, az állami jog reskriptumokban, konstitúciókban, illetve ezek gyűjteményeiben jelent meg, melyekhez kötve voltak az állam által ki-nevezett bírák; ezt kellett ismerni a *iuris consultusok*nak, eseti tanácsaik alapján ezzel érvelve léptek fel a perekben az ügyvédek, és a néhány jogi iskolában tevékenykedő jogi tanárok ezt tanították a jövőbeni *iuris consultusok*nak, illetve a retorikai iskolákban az egyszerűsített jogi anyagot elsajátító retoroknak/ügyvédeknek. E szerkezet annyit változott a nyugat-római birodalom bukása után még sokáig prosperáló keleti bizánci birodalomban, hogy a jog középpontjává vált központi apparátusokba csak olyan advokatusokat neveztek ki, akik a retorikai iskola mellett a jogi iskolát is elvégezték. (Ez

⁸ SCHULZ: 1961. 149. p.

425-től a birodalom fővárosában, Konstantinápolyban volt, illetve a már korábban nagy hírnévre szert tett Berytosban). Egy másik változás abban állt, hogy a pusztá retorikai ismeretekkel rendelkező perszónokok egyszerű jogi tudása tarthatatlanná kezdett válni a rögzített joganyag alapján döntő hivatásos jogász-bírák előtti perekben, így az ügyvédi szerephez is egyre inkább megköveteltté vált a jogi iskola elvégzése. A kelet-római bizánci császárságban így Jusztiniánusz császár korára, az 500-as évek elejére egy tekintélyes jogvégzett réteg jött létre, melynek tagjai a központi hivatalokban alkották a jogot, bírakként döntöttek a jogi vitákban ez alapján, és ügyvédként fellépve védtek a feleket a bírák előtti perekben, illetve jogtanárként, professzorként tanították ezt a következő jogász-generációk számára. Vagyis a római jog korábbi központi alakja, a *iuris consultus* nemcsak a jog hordozójának és orákulmánának szerepét adta le a császári központi apparátus jogászai felé, hanem a peres eljárásokban is elvesztette szerepét. Az a köztársasági Róma korszakáig visszanyúló állapot, melyben a *iuris consultus* volt a jog tudója, és a perben ténylegesen résztvevő félig laikus perszónok/ügyvéd, illetve a laikus praetor/iudex az ő jogtudására alapozva végezte tevékenységét fokozatosan átalakult a jogtudással rendelkező hivatásos jogász-bíró és jogász-ügyvéd kettősévé, ezzel funkciótlaná téve a *iuris consultus* szerepét a peres eljárásokban is.

A vázlatos elemzés után nézzük meg az e folyamatot részletesen elemző művek adatait.

1.2 Az elméleti római jogi gondolkodás formálódása

A titkos pontifexi peres szabályok nyilvánosságra kerülése után beinduló, szakrális jogon túlterjedő jogi gondolkodás első termékei csak szűken vett eseti szabályok és ezek gyűjteményei voltak – pl. a hagyomány szerint a nyilvánosságra hozást végző Cn. Flavius után később „*Ius civile Flavianum*”-nak nevezett peres formulák gyűjteménye –, és az első ezen túlmutató teoretikusabb írások i.e. 200 körül kezdtek először megjelenni. Az előkelő Aelius patricius család testvérpárja, Sextus Aelius és Publius Aelius (mindketten konzuli és praetori tisztséget is betöltöttek) ettől az időtől kezdve a papi pontifexi tevékenységtől elkülönülő, világi jogi tevékenységet kezdtek megteremteni; már nem tagjai a pontifexi testületnek, de neves jogászként egész Róma tiszteletét ki tudták vívni⁹. Utánuk lassanként megfordult a viszony, és a terjedő világi jogász tevékenységben nevet szerzettek közül neveztek ki pontifexeket, így a Mucius család három tagja, Publius Mucius Scaevola, tetvére Licinus Crassus Mucianus és Quintus Mucius Scaevola neves jogászként vált pontifex maximusszá. (Az utóbbi néven egy másik híres jogász unokatestvérük is volt velük egy időben, aki az augurok testületében volt tag.) Közülük különösen a pontifex Quintus Mucius Scaevola jogi írásai voltak meghatározók a következőkben, és utána – a Krisztus előtti utolsó évszázadban – már neves *iuris consultus* nem volt található a pontifexek között¹⁰.

Az időszámításunk előtti utolsó évszázad végétől egy változás kezdett kirajzolódni a *iuris consultusok* körében, és míg korábban fő szabály szerint az előkelő patricius családokból kerültek ki ezek, addig erre az időre inkább a vagyonos plebejusi körből, a lovagi rétegből származtak. Egyetlen kivétel ebben az előkelő származású Servius Sulpicius Rufus volt, aki a legnagyobb nevet szerezte meg a köztársasági Róma utolsó évtizedeire

⁹ SCHULZ: 1961. 13. p.

¹⁰ SCHULZ 1961. 48. p.

e körből, és főként jogi tanító tevékenysége révén több későbbi neves iuris consultus tanítójává vált. Ezzel a változással a lovagi réteget jelentő pénzarisztokrácia és vállalkozók családjainak ifjai váltak a jogászság tagjaivá, és ezzel párhuzamosan felerősödött egy korábban is meglévő tendencia, a görög szellemi források iránti fokozott igény. Ez az igény elsősorban a peres fellépésekben főszerephez jutó orátorok gondolkodásában jelent meg, de kisebb mértékben az egész római szellemet áthatotta ekkor, így a iuris consultusi szerepre készülők gondolkodását is jobban formálta. A jogászságba bevitelnél különösen fontos volt, hogy a későbbi nagy jogásznevelőnek bizonyult Servius Sulpicius Rufus először orátoriskolában tanult, és csak később jogot tanulva alaposabban elsajátította az orátor-iskolákban tanított logikát, filozófiát és retorikai érvelést. Rajta keresztül a későbbi nagy jogásszá váló tanítványai még inkább a görög logika és filozófia eredményein keresztül elemezték a jogot. Mint Johannes Stroux írja, Serviusszal az a hellenizált római szellem jelent meg a iuris consultusok között, és lépett szembe a minden görögös tanultság mellett is alapvetően az eredeti római gondolkodásnál megmaradt Mucius Scaevolával és annak jogfelfogásával, mely ellentét az egész római szellemi életen átvonult, és pl. a Catók és Scipiók ellentétéként jelent meg átfogóbban¹¹. De másrészt fontos volt a későbbi jogi gondolkodásban az is, hogy Servius barátja, Cicero – akivel együtt végezték el Rhodoszon a rétori iskolát – nagy hatással volt Róma szellemi életére mint államférfi, és főként írásai a következő évszázadokban fokozatosan mint fontos jogi elemzések váltak elismertté.

Itt kell jelezni, hogy a iuris consultusok és az orátorok/perszónokok körei között nagy ellentét és elkülönültség volt a köztársasági Róma idején, illetve még utána is a principátus első évszázadában, és a perszónok Cicero írásai saját korában nem is érintették meg a iuris consultusokat¹². Ám Cicero átlagos orátori jogi tudásnál magasabb szintű jogi tudása és az ez alapján létrehozott filozófiai jellegű átfogó jogi fejtegetései a későbbi évszázadokban már behatoltak a császárság időszakának jogi gondolkodásába is. Cicero esetében meg kell jegyezni, hogy ő nemcsak az orátoriskolát végezte el Rhodoszon, hanem emellett a kora legnagyobb jogászaik számító két Quintus Mucius Scaevola mellett jogot is tanult egy ideig, és ezért is értett az átlagos orátori jogtudáshoz képest magasabb szinten a joghoz¹³. Mindenesetre a középkorban újfelfedezett római jog későbbi fejlődésében mint a legnagyobb ókori jogászt ünnepezték Cicerót, ám ez nem változtat azon, hogy saját korában és még jó ideig ezután mint egy egyszerű orátor írásait a iuris consultusok nem idézték ezeket, és nem tekintették őt velük egy szinten álló jogásznak. A két szakma közötti kölcsönös másodrendűként minősítés a másik oldalról is jelentkezett, Cicero pl. sajnálattal írta Servius barátjáról, hogy az első művészetet jelentő orátori tevékenységből a második szinten álló iuris consultusi tevékenységre váltott át, illetve a iuris consultusok unalmas, egyhangú és rövid mondatokból álló

¹¹ STROUX, JOHANNES: *Die griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft*. in: uő: *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*. Bei Eduard. Stichnote in Potsdam. 1949. 81-107.p.; a görög kultúrábarát Scipio-körrel HAMZA GÁBOR: *Cicero De re publicá-ja és az antik állambölcsélet*. in: Cicero: Az állam. (ford. Hamza Gábor) Akadémiai Kiadó. Budapest, 1995. 61. p.

¹² Lásd ehhez NÓTÁRI TAMÁS: *Bevezetés – pro Murena*. in: Cicero: Négy védőbeszéd. Lectum Kiadó Szeged, 2004. 26-27. p.

¹³ SCHULZ: 1961. 51. p. [Kunkeltől persze azt is tudhatjuk, hogy Cicerónak ez a jogtanulása nem a két neves jogászhoz való odaköltözés és intenzívebb személyes tanítás keretében történt, hanem csak a fórumon rezponzumadásokon jegyzetelés keretében; KUNKEL: 1952. 337. p.]

elemzéseit lesajnálással kezelte¹⁴. De elterjedt álláspontként fogalmazta meg az orátor Antonius is ebben az időben, hogy egy igazi orátornak csak árt a túl sok jogi tanulás, elrontja teljesítményét a sok száraz írás olvasása¹⁵. Utólag talán egyet lehet érteni Fritz Schulzcal, aki a másik oldalt szem előtt tartva fogalmazta meg, hogy a római jogtudomány nagy szerencséje volt, hogy létezett a tőle elkülönült perszónoki/ügyvédi szakma, melynek tagjai a perbeli fellépésre szakosodtak, mert ezzel a hatásvadász és peres megbízója érdekei felé elfoglult jogi érvelés terhét levették a iuris consultusok válláról, és ez a kör érdekmentesen és elfogulatlanul tudta végezni jogi elemzéseit évszázadokon keresztül¹⁶.

Egy jellegváltozást jelentett a köztársasági Róma utolsó évtizedeire, a Krisztus előtti évtizedekben, hogy a szerződéskészítés, végrendelet- és okmányszerkesztés (cavere) fokozatosan háttérbe szorult a iuris consultusok munkájában, és a „respondere”, a peres ügyekben való tanácsadás – feleknek és bírának – vált a fő tevékenységükké. (Az „agere”, a perbeni fellépés és képviselés már az ez előtti évszázadban átment az orátorok kezébe). Csak kivételképpen, barátai és a legfelső körhöz tartozók esetében fogadott el ilyen rutinfeladatot egy-egy neves iuris consultus már ebben a korban, de a tömeges rutinmunkát itt a tabellisták, az okmányszerkesztők végezték. *A jog letéteményese, a iuris consultus így a reszponzumadás tevékenységével uralta a jogot.* E reszponzumadásban a felek mellett különösen fontos volt a bírák tanácsadással segítése, és egyre inkább erkölcsi kötelességgé vált, hogy bírói döntésük előtt a praetorok, aedilisek (a piacok felügyelői és vitáikban bíraskodók), illetve a provinciák helytartói a joghoz értő valamely iuris consultus véleményét kérjék ki, és útmutatásuk alapján hozzák meg az ítéletüket.

A jogászai szakmára nevelés a principátus első évszázada után kezdett megváltozni, amikor a korábbi magánoktatás helyett a jogi iskolában szervezett jogászképzés is megjelent. Cicero, aki az i.e. 80-as években tanulta a jogot a két Mucius Scaevolánál, leírja saját példáján keresztül az akkori jogi oktatást, amely rögtön az esetekkel kezdődött, fel sem merült az, hogy a jog és a perlés átfogó kérdéseiről beszéljenek a jogászcsemetének. Ő megfigyeli a mesterét a reszponzumadás közben, jegyzeteli az adott esetre mondott szempontjait, és az elejétől kezdve csak azt tanulja, hogy mit kell tenni az adott esetekben. Az éveken át követett eseti jogi tanulás után a jövőben iuris consultus fejében az esetek százainak és ezreinek képeben volt jelen a jog, de átfogó nézetek a jogról és egyes területeiről nem jelentek meg, a jogelvek és az igazságosság elvei, ahogy azok a görögöknél már léteztek, itt kimaradtak a jogi oktatásból és gondolkodásból. A görög műveltségű Cicero tisztában volt ezzel a hiánnyal, és írásaiban igyekezett ezeket megjelentetni, sőt egy tervet is felvázolt, amely a szétszórt eseti jog ezernyi normájából egy rendszerezett jog képét tartalmazta volna („*de iure civili in artem redigendo*”), de ez nem maradt fenn, saját korában pedig ő semmilyen hatást nem tett a kortárs iuris consultus körökre¹⁷. Barátja és kortársa, a nagy jogásznevelő és iuris consultus Servius 180 könyvtverkcseret hagyott hátra tanítványainak, de ezek csak az eseteinek leírását tartalmazták, és a Cicero szintű átfogó jogi elemzések és rendszerelképezések itt nem vol-

¹⁴ CICERO: 1987. 247. p.; CICERO: *Négy védőbeszéd.* (Ford. Nótári Tamás) Lectum Kiadó. Szeged, (2004. 87. p.

¹⁵ SCHULZ : i.m. 53.p.

¹⁶ i.m. 66.p.

¹⁷ CICERO: *A törvények.* (Ford. Simon Attila) Gondolat Kiadó – Debreceni Egyetem. Budapest, 2008. Lásd: Cicero: „*A törvények*” c. fő jogi munkáját, melynek utolsó fejezetei sajnos nem maradtak fenn az utókorra.

tak megtalálhatók. Az eseti szabályok fölé emelkedni, és egy jogintézmény egészének funkciójából az egész szabálycsoportot megérteni – talán így adható vissza a legjobban Cicerónak saját kora iuris consultusai eseti gondolkodásától való eltérése. Például az öröklési vagyonátzállás és a szakrális szertartások kötelezettségének ezzel együtt történő átszállása mint középpont rögzítése után így ír: „Ennek az egyetlen szabálynak a rögzítése után, amely elegendő az egész eljárás megértéséhez, számtalan további szabály adódik, mellyel a jogtudósok könyveiket megtöltik [...] Látjátok hát, hogy az összes szabály attól a főszabálytól függ, hogy a pontifexek a szertartások elvégzésének kötelezettségét össze kívánták kapcsolni a vagyonnal, és úgy gondolták, hogy az ünnepnapok és a szertartások megtartásának kötelezettsége ugyanazokra hárul, akikre a vagyon szállt”¹⁸.

A jogásznevelés említett módja némileg megváltozott a principátus korszak vége felé, a Krisztus utáni második évszázad utolsó évtizedeire, és ekkorra az eseteken túlmutató elméletibb jellegű jogi fejtegetések is bekerültek a jogi művekbe. Az eseti gondolkodás meghaladása eleinte sokszor még úgy történt, hogy a felmerülő jogi dilemmákon gondolkodva hipotetikus eseteket kreáltak, és ezzel a tényleges esetről átkerült az elemzés súlypontja a jogi dilemma tisztább megfogalmazására.

A principátus korától a klasszikus római jognak nevezett szakaszban (az előtte levő kétszázötven évet a preklasszikus szakasznak nevezve) társadalmi bázisát tekintve ismét egy változás történt a iuris consultus-központú jogászságban, és a szenátori réteg alapos lecserélésével és a vagyonos lovagi réteg családjainak a szenátori rétegbe emelésével a iuris consultusok nagy részénél ismét a szenátori rendhez tartozás vált bevetté. Augustus az általa pártfogolt iuris consultusoknak a császári autoritást kölcsönző ius respondendit, a reszponzumadás jogát adta meg, mely reszponzumok e tekintélynél fogva fokozottan kötelező erőt jelentettek a bírói döntéseknél, és a későbbi császárok is figyeltek arra, hogy csak szenátori rétegből származó jogász kapja meg ezt a jogot¹⁹. E magas származás hozta magával, hogy a korszak nagy jogászai ismét fontos állami vezetői szerepet is betöltöttek életük egy szakaszán, így az Augustustól Antonius Piusig terjedő másfél évszázadban tizenkét iuris consultus töltött be konzuli tisztséget, és többen lettek körükből praetorok. A iuris consultusok rétegének ezt a jellemvonását az is alátámasztja, hogy a Krisztus utáni első évtizedekben az egyik római jogi iskola tanáraként elismert jogásszá váló Masurius Sabinust – aki alacsony származásúként csak a későbbiekben jutott be a lovagi rendbe, és jó ideig a tanításért kapott pénz fedezte életvitelét – Tiberius császártól reszponzumadási jogot kapva mint szokatlan kivételt említik a jusztiniánuszi Digestába felvett korabeli források²⁰. Ez a magas státus és presztízs változott meg aztán ismét a Krisztus utáni második évszázad közepétől, és fokozatosan ismét az alacsonyabb származású és státusú jogászárté vált a jellemzővé, és a későbbiekben ennek folyománya volt, hogy ennek tagjai már nem állami vezetői posztokat töltöttek be, hanem egyre inkább a császári apparátus fizetett alkalmazottaivá váltak.

Egy további változást jelentett a klasszikus kor jogászai körében az is, hogy előttük minden nevet szerzett nagy jogász szükségképpen római származású volt, és még Itália más részeiből is csak úgy tudtak e körbe bekerülni, ha családjuk előtte már ide áttelepedett. A principátus első időszakában ez annyiban módosult, hogy már Rómán kívüli itáliai részekből is nyitva állt az út az elismert jogásszá váláshoz, így a már említett

¹⁸ CICERO: 2008. 56. p.

¹⁹ KUNKEL: 1952. 288. p.

²⁰ KUNKEL: i.m. 289. p.

Sabinus Észak-Itáliából származott, de ugyaninnen származott ebből a korból Labeo, és az etruszk részekről a két Nerva is; Traianus idején Neratius Priscus és a két Iuventus Celsus is Róma kívüli itáliai részekről. A principátus későbbi szakaszaitól, a Krisztus utáni második évszázadtól pedig már kinyílt a tér, és egy sor nagy nevet szerzett jogász Itálián kívüli provinciákból származott, egy részük az Afrika északi peremére települt római telepes családokból – sőt később már ez a szál sem volt meg az itteni származásnál –, más részük pedig a birodalom görög kultúrájú keleti részeitől²¹. A Hadrianus utáni időktől az összes klasszikus jogászként fennmaradt nagy név – Papinianus, Paulus, Ulpianus, Modestinus stb. – mind a görög kultúrájú keleti részekről származott.

Az alapvetően önálló reszponzumadással tevékenykedő iuris consultusi körben egy változás kezdett kirajzolódni abban a vonatkozásban is az első évszázad végére, hogy egyre több nevet szerzett iuris consultus lépett be a császár központi konzíliumába, a jogásztestületébe. Korábban csak az ideiglenes jelleggel vállalt konzuli, praetori tisztség volt bevett. Különösen Hadrianus óta erősödött fel ez a félig magán, félig állami kettős jogász szerep e körben, és pl. Neratius Priscus egy sor városi tisztség betöltése után 100 körül Pannónia helytartója lett; Salvianus Iulianus 155-ben Germania helytartója lett, majd később Hispániáé; Papinianus, Paulus, majd Ulpianus pedig a testőri gárda parancsnokai és ebben a minőségükben főbírók lettek a 200 utáni években. De egy sor neves iuris consultus ezekben az évtizedekben semmilyen állami tisztséget nem töltött be, és ez ekkor még nem jelentette háttérbe kerülésüket. Ez változott meg a következő évtizedekben, és a 300-as évek felé közeledve már csak a császári jogásszá lett apparátus-jogászok tudtak a jog felett rendelkezni, és csak ezek neve maradt fenn az utókornak.

A klasszikus korszaknak is megvoltak a nagy perszónokai, és élesen megjelent az elletét a iuris consultusok és közöttük is. Az ifjabb Plinius, aki e korban már a causidicusnak vagy advocatusnak nevezett perszónokok csoportjának leghíresebb tagja volt, műveltségében és fellépéseiben úgy jelent meg Róma szellemi életében, mint valaha Cicero, és a központi bíróság nagy büntető és magánjogi pereiben látott el ügyvédi szerepet. Seneca is e körbe tartozott, és az ő írásából jól láthatók az ügyvédi kör fenntartásai a iuris consultusokkal szemben. Leírása szerint Claudius császár halálakor – aki nem állhatta a iuris consultusokat, és uralkodása idején ezek háttérbe is szorultak – egy nyilvános összejöveten csak a causidicusok siratták a számukra kedves császárt, mire az egyetlen megjelent iuris consultus odalépett hozzájuk, és gúnyosan odavetette nekik: „Én mindig mondtam nektek, hogy nem lesz folyton karnevál!”²²

Az elméleti jogi elemzés síkján a klasszikus korszak idején a kiindulópont Quintus Mucius Scaevola 18 könyvből álló Ius civile c. műve volt, melynek rendszere – személyek, dolgok és keresetek joga – jelent meg némi változtatással a korszak egyik későbbi jogtanárának, Masurius Sabinus Libri tres iuris civilis c. tankönyvében is, ez pedig később alapul szolgált Gaius Intitúciók c. bevezető művének. De Sabinus műve az egész klasszikus korszakon keresztül alpműnek számított, és később Pomponius, Paulus és Ulpianus is nagy terjedelmű kommentárokat írtak hozzá. Pomponius, aki a Hadrianus alatt véglegessé vált ediktumjogról 150 könyvben írt kommentárt, Sabinus kis, három könyvből álló tankönyvéhez is 35 könyvben írt kommentárt. Ezt a kommentárt hosszú ideig használták a jogi oktatásban, de Paulus és Ulpianus kommentárjai után a poszt-klasszikus korszakban már ez utóbbiak vették át a helyét, és a Digestába is e két kom-

²¹ KUNKEL: 1951. 304-315. p.

²² Idézi SCHULZ: 1961. 129. p.

mentárral együtt kerültek be Sabinus töredékei²³. A részletekben való elmélyülés folyamatát mutatja Papinianus 37 könyvből álló Quaestionibus libri-je, mely konzíliumokat, közönség előtti disputációkban kifejtett jogi álláspontokat és tényleges, illetve hipotetikus jogesetekről írt responzumokat tartalmaz. Később Bizáncban Papinianus nagy hírnevét ez a munkája alapozta meg, és a jusztiinianuszi Digestába sok-sok töredékét vették fel ebből a műből. De a legnagyobb teljesítményt a klasszikus korban Salvius Iulianus 90 kötetes Digestorum libri-je jelentette. Ez a responzumok tömegét tartalmazza, de ezeken túl levélben kifejtett jogi álláspontokat és jogi dilemmák feletti vitákat is, mindezt az ediktum-jog rendszere szerint felépítve²⁴.

Jellemző a klasszikus korszakra, hogy a korábban a preklasszikus republikánus korszak idején már lefektetett nagy jogintézmények részleteit dolgozták ki ekkor, de ezt olyan mélyen, sok-sok kötetes responzum-gyűjteményekben és kommentárookban, hogy az általánosító jogelveket és jogfogalmakat – melyek a görög logika és dialektika révén egyre inkább elterjedtek a római szellemi életben is – veszélyesnek tekintették: „Minden absztrakt fogalom veszélyes a magánjogban, mert legtöbbször nem megfelelőnek bizonyulnak az esetek eldöntésénél”- maradt fenn e korszakból Iavolenus Priscusnak a jusztiinianuszi Digestába felvett tézise, és ez jól kifejezte a kor iuris consultusainak általános véleményét²⁵. De ugyanígy a történeti elemzés is a legtávolabb állt a iuris consultusok elemzésétől, és pl. a XII táblás törvényből a megváltozott körülményeknek és a szavak megváltozott jelentésének az elemzése a responzumadás közben teljes mértékben kizárt volt. Ettől csak a korszak két jogtanára, Gaius és Pomponius – akik, mint láttuk, kivételesen nem foglalkoztak gyakorlati jogi tanácsadással a tanításon kívül – tértek el, és emelték ki a történeti változásokkal foglalkozás fontosságát. Ezért tudunk éppen Pomponiustól a római jogi gondolkodás nagy alakjainak fejlődési soráról, amit aztán felvettek a Digestába.

1.3. A császári bürokrácia jogszerkezete és jogászsága

A különböző szakaszolások szerint eltérő korszakhatárok léteznek a klasszikus kor végét illetően, egyik bevett határmegvonás Ulpianus halálával és Severus császárságának végével (235-ben) látja lezárulni ezt, és már tanítványát, Modestinust sem tekinti a klasszikusok közé tartozónak; egy másik szakaszolás szerint csak Diocletianus császár reformjaival zárul le a klasszikus szakasz, és kezdődik a posztklasszikus császári bürokratikus jogrendszer korszaka²⁶. Abban nincs vita, hogy Hadrianus alatt, Krisztus után 100 körül kezdődött nagyobb léptekkel a központi császári bürokrácia jogrendszerének kiépítése, de ezután kb. száz évig még a iuris consultus réteg központi szerepe a jog formálásában, illetve az egyes perek számára a jog felmutatásában fennmaradt. A változás inkább abban állt, hogy míg a jogi élet formái változatlanok maradtak, és a iuris consultusok nagytömegű responzumai és ezek gyűjteményei fejlesztették tovább és tartalmazták a jogot, illetve a laikus bírák és az ügyvédek (causidicusok) tőlük kérték a perükben a jogi álláspontot, addig a principátus korának két újítása egyre inkább a korábbi független iuris consultusi réteg központi hatalomhoz kötését erősítette fel. Ezek

²³ SCHULZ: 1961. 265. p.

²⁴ SCHULZ: 290. p.

²⁵ SCHULZ: 1961:155. p.

²⁶ KASER, MAX (1955): *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht.* C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 166.; SCHULZ: 1961. 335. p.

közül az egyik az Augustus által bevezetett, császári tekintélyt kölcsönző *ius respondendi*, a reszponzumadás jogával felruházás intézménye volt, mely a *iuris consultusok* egy, mindenkor a császári hatalom által meghatározott részét kiemelt hatalommal ruházta fel, és noha az ezzel nem rendelkező *iuris consultusok* is tovább működhettek, de e szűkebb kör jogi álláspontjainak kötelező ereje fokozatosan csak e kör tagjait tette a jog központjává, egyszerű jogtudóvá csökkentve az e körön kívülieket²⁷. Egy-két kivételtől eltekintve így az összes, név szerint fennmaradt klasszikus római jogász e szűkebb körbe tartozott, és csak ők formálták tartósan a római jogot mind saját korukban, mind a későbbiek folyamán. A másik változás az volt, hogy az önállóan működő és a reszponzumadás jogával felruházott jogászok közül a nagy nevet szerzetteket Hadrianus császár korától folyamatosan bevonták a központi jogászai konzíliumba, ahol a császár nevében a döntéseket és ítéleteket kidolgozták, illetve a tőle kért jogi álláspontra a válaszokat, a leiratokat (*rescriptumokat*) megfogalmazták. Ám az így szerzett jogi tudást még egészen Ulpianus koráig a *iuris consultusok* saját nevük alatti reszponzumokban és ezek gyűjteményeiben adták ki, és noha ezek tartalmának alakulásában fontos szerepet játszott a császári bürokráciában való szereplésük és itteni döntési tevékenységük, formailag ezek privát jogi gyűjtemények voltak éppúgy, mint valaha a köztársasági Róma idején működő *iuris consultusoké* volt. Hogy ez a formailag „magántudós” *iuris consultus*-jelleg egyre inkább csak külső látszattá vált, és a császári döntési hatalom egy részének birtoklása adta erejüket, és emelte ki a többi jogász közül a legnagyobbakat, azt mutatja az is, hogy a klasszikus kor három legnagyobb jogászává a 200–230 közötti időben az a Papinianus, Paulus és Ulpianus váltak, akik egymás után a császári gárda vezetői voltak, és ebben a minőségükben a császár után a második legmagasabb szintű bírói döntési hatalommal bírtak, és e poszt előtt a fiatal Paulus és Ulpianus a már posztban levő Papinianus bírói segítői, asszesszorai voltak²⁸.

Ez változott meg Diocletianus reformjaival a 290-es években, és a korábbi magántudósi reszponzumok helyett a tömegessé váló császári leiratok kezdték felmutatni az egyes esetekre az alkalmazandó jogot; ugyanígy a császárok korábban csak csekélyebb számban megjelentetett konstitúciói, rendeletei nagyobb tömegben kerültek ettől kezdve kiadásra, és ezek az addig különböző *iuris consultus*i reszponzumokban levő jogi álláspontok közül a központi császári bürokrácia szempontjainak megfelelőeket kiemelték, és a császár jogi rendelkezésévé írták át azokat. Ennek egy másik leágazása volt, hogy ettől kezdve a reszponzum gyűjtemények helyét a császári rendeletek, a konstitúciók gyűjteményei vették át, így a császári központi bürokrácia két jogásza, Gregorius és Hermogenianus egymás után két kódexben összegezték a császári konstitúciókat. A Codex Gregorianus Hadrianustól egészen Diocletianusig, 291-ig gyűjtötte össze a kiadott császári konstitúciókat, melyet 295-ben a Codex Hermogenianus követett a következő két évben keletkezett konstitúciók gyűjteményével. E kettő annyiban átmenet volt a tiszta császári jogalkotáshoz képest, hogy még magánkódexet jelentettek, vagyis csak összegyűjthették a konstitúciókat de ezeken változást nem eszközölhettek. Ám az ezek alapján bő száz évvel később létrehozott Codex Theodosianus a kelet-római birodalom császára, II. Theodosius által kiadott kódex már a tervszerű rendszerezés és célzatos megváltoztatások után szedte össze az e korszakig kiadott egyes császári rendeleteket, és az ő nevében az általa erre a célra felállított kodifikációs bizottság mint a jog felett

²⁷ Lásd KUNKEL: 1952. 142. p.

²⁸ KUNKEL: 1952. 222–237. p.

szuverén módon rendelkező legfőbb állami hatalom alkotott belőlük átformálással egy átfogó kódexet²⁹. A jog ezzel az állam legfőbb hatalma által szabadon változtathatóvá vált.

A két korábban említett kódex mellett utalni kell még a *Iuris Epitomae Hermogeniani* c. műre, mely a két kódex rövidebb kivonataként és a nagy klasszikus jogászok álláspontjainak ismertetéseként jelent meg, feltehetőleg a 300-as évek elején Hermogenianus műveként³⁰, és majd másfél évszázad múlva a klasszikus jogászokat ismét a régi fényükben kiemelni törekvő Jusztiniánusz császár kodifikációja a *iuris consultusok* álláspontjait összegző töredékek közül 107 töredéket felvett ebből a műből a Digestába, így mint egy kiemelkedő klasszikus művet kezelte ezt is³¹. De a felvett töredékek mutatják, hogy ez a felvétel inkább az általa tartalmazott korábbi klasszikusok, Ulpianus, Papinianus, Paulus műveinek szólt, mintsem saját jogi álláspontjainak. Ennek kapcsán fontos kiemelni, hogy a kézzel írt művek és saját korukban írt másolataik a klasszikus kor nagy írásairól természetesen elvesztek a sok-sok generáció alatt a jusztiniánuszi kodifikációig terjedő, sok szerzőt tekintve majd félezer év alatt, 530-ig, és kizárólag a posztklasszikus átiratokban és másolatokban maradtak fenn ezek. Egy ideig az volt az uralkodó tudományos álláspont a római jog eredeti szövegeit és a jusztiniánuszi Digestát elemezve, hogy csak a császár kompilátorai, Tribonianusék iktattak ezekbe változtatásokat, kiegészítéseket – sokszor a pusztá részmegállapítás mellett általánosító jogelvi megállapítást csúsztatva az eredeti szövegekbe –, de az újabb kutatás a XX. század kezdetétől már feltárta, hogy a posztklasszikus időkben keletkezett átiratokban is egy sor beiktatást és változtatást eszközöltek a klasszikus szövegeken³². A különböző nyelvi rétegek elemzésével – pl. a birodalom különböző részeiből származó klasszikus szerzők származási helyének latinságának szem előtt tartásával – ezeket a későbbi módosításokat részben még ki lehet szűrni, de látni kell, hogy a számunkra fennmaradt római jogi anyagok a késői császárság másolóinak szemléletén keresztül álltak rendelkezésre akkor, amikor az 1100-as évektől a római jog újrafelfedezése és fokozatos elterjedése Európában végbement³³.

A központi állami jog feletti rendelkezés létrejöttével a jogi élet más dimenzióiban is lényeges változások zajlottak le a császári bürokratikus jogrendszer kialakulásának menetében, különösen a keleti birodalmi részekben, melyek a 400-as évek nyugati birodalmi részeinek fokozatos dezorganizációja, majd megszűnése után is magas szinten prosperáltak, és kialakították a római jognak azt a végső formáját, amit ma ismerünk. E területeken a jogi oktatás egyre inkább fölénybe került az ügyvédek képző retoriskolákkal szemben a 300-as évek második felétől, és a központi állami hatóságok és felsőbbbíróóságok egyre inkább csak azokat fogadták el ügyvédnek, aki a pusztá rétori tudáson kívül alaposabb jogi tudással is rendelkezett. E tendenciát kárhóztatva írta a rétor Libanios e korból, hogy „szemben a régi jó időkkel, amikor az ékesszólásra tették a hangsúlyt a perekben a perszónokok, és erre igyekeztek magukat mind magasabb szinten képezni, most nem átallik még az előkelő származásúak sem, hogy jogi iskolába járjanak, és az ottani tudást tartják nagy becsben”³⁴. Ezt a tendenciát fokozta aztán kü-

²⁹ SCHULZ: 1961. 390-401. p.

³⁰ LIEBS: 1964. 23-44. p.

³¹ LIEBS i.m.: 11-12. p.

³² STEIN: 1966. 105. p.

³³ SCHULZ: 1961. 281-309. p.

³⁴ Idézi SCHULZ: 1961. 342. p.

lönösen a Codex Theodosianus 438-as kiadása, és ettől kezdve a gyakorlatban ez az út szinte kizárólagossá vált, végül 460-ban ezt formálisan is kötelezővé tették a kelet-római birodalomban, és csak a Berytosban vagy Konstantinápolyban levő birodalmi jogi iskolák egyikén végzeteket jegyezték be ügyvédnek. Ezzel szemben a nyugat-római birodalomban erre mindvégig elég volt a rétoriskola elvégzése. E változással a iuris consultus pusztán jogi tanácsot adó és a perben fel nem lépő jogászalakja végképp háttérbe szorult, és a központi bürokráciába illetve az állami bíróságokba bírónak való bekerülés is csak az ügyvédek közül volt lehetséges.

A jogi iskola szerepének felértékelődésével a gyakorlati joggal, jogi vitákkal és jogalkotással nem foglalkozó, pusztán jogi tanár jogászok szerepe is felértékelődött a kelet-római részeken. Berytos mellett Konstantinápolyban 425-ben jött létre a második birodalmi jogi iskola, és a két iskolában több professzor, illetve külsős jogtanárok is folyamatosan tanítottak. A jusztiniánuszi kodifikáció történetéből tudjuk, hogy ebben a két jogi iskola tanárai is részt vettek, de hogy korábban is volt súlyuk, azt mutatja az is, hogy a Codex Theodosianus alakításakor azért hagyták benne a már nem élő korábbi császári konstitúciók egy részét, mert ehhez oktatási célból ragaszkodtak a jogi iskolák professzorai³⁵. A jusztiniánuszi kodifikáció előtti évtizedekben a 400-as évek második felében különösen felvirágzott a kelet-római jogi élet és az ottani jogászprofesszorok teljesítménye, és a Berytosban tanító Cyrillus, Patricius, Domnius, Demosthenes, illetve Euxodius nevét mint az emberiség nagy jogi tanítóit idézik Jusztiniánuszék, és saját korukban ezek örökösei – Thalelaeus, Theophilus, Dorotheus és Anatolius – a kodifikációs munkákban is nagy szerepet kaptak³⁶. Mivel a klasszikus írásokat sokszor a 400-500-as évekbeli professzorok átirataiból, másolataiból és rövid kivonatolásaiból ismerjük – és a kutatás szerint ezek alaposan átformálták ezeket – a későbbi Európa csodálata a nagy római jogi klasszikusok iránt sokszor ezeket is illeti, még ha formailag Papinianus, Ulpianus, Paulus, Gaius stb. nevei alatt helyezték el saját teljesítményüket. Mint Wieacker részletesen elemzi, a könyvtekercsekről a lapokból álló mai könyvformátumra való átállás a 300-as évektől azt is magával hozta, hogy azok a klasszikus és preklasszikus írások, melyeket nem találtak méltónak az említett posztklasszikusok a lemásolásra és újra megjelenítésre – a tekercsek ugyanis átlagosan száz év élettartamot vészeltek át – végleg megsemmisültek az utókor számára³⁷.

2. A jog rétegeinek kibomlása a középkori és az újkori fejlődés során

A modern, vagyis az 1800-as évek közepétől létező európai és amerikai jogrendszereket vizsgálva, a jog értelmi rétegeiről és ezek hordozóiról a következő összkép adható meg: a törvényszövegek felett a parlamenti pártpolitikusok és minisztériumi törvény-előkészítési apparátusaik rendelkeznek, a jogdogmatikai réteget, ennek kategóriáit és fogalmait alapvetően az egyetemi jogászság gondolja, végül az eseti jogi döntésekből kinövő, konkretizáló bírói jogréteget a felsőbírói kar alakítja. Ezek a jogászcsoportok és az eseteket az ügyfelek szempontjai szerint formáló ügyvédek és ügyészek többé-kevésbé elkülönülnek egymástól, és szakmai ethoszaik, de konkrét jogi előírások is igyekeznek sajátos funkcióikat tisztán tartani más feladatok torzításaitól. Nézzük meg ennek létrejöttét a római jog 1100-tól induló újjáéledése óta eltelt évszázadokban.

³⁵ SCHULZ: 1961. 345. p.

³⁶ SCHULZ: i.m. 349. p.

³⁷ WIEACKER, 1960. 72-74. p.

2.1. Az archaikus jogoktól a tudatos jogalkotásig

A nyugat-római birodalom széthullása után a keleti részekben izolálódott bizánci birodalom szabadon hagyta a szűkebben vett Európa területeit az eleinte észak és északkelet felől beáramló különböző germán és szláv törzsek előtt, amit a magyarok követtek a 800-as évek második felében. Észak-Afrika felől pedig a 700-as évektől az iszlám által egységbe fogott arab törzsek nyomultak be több száz éven keresztül az ibériai félszigetre és Szicíliaba, illetve a dél-olasz területekre. A római időkhöz képest lesüllyedő társadalmi fejlettség körülményei között a betörő törzsek által meghódított területek közül még az arab uralom területein kialakult viszonyok voltak a leginkább civilizáltaknak tekinthetők, mert a fejlett antik tudást arab nyelvre lefordítva, és a matematika, a filozófia és az orvostudomány eredményeit képzési központokban oktatva, évszázadokon keresztül innen ment át a keresztény országokba is az antik tudás. (Pl. Nagy Károly is itt tanult fiatal korában az arab iskolákban, és a későbbi pápa, II. Szilveszter is a mohamedán iskolákban tanult matematikát, fizikát.) Ezzel szemben a nyugati és északi részeket előzőnlő, nemzeti szervezetben élő germánok és szlávok a mindennapok ismétlődő rutinjaiból kialakuló szokásjogok szerint éltek a legegyszerűbb tudás szintjén és legkezdetlegesebb életkörülmények között. A dél-francia területeken és a Rajnáig terjedő, valamikori római birodalmi részekben szokásjogként fennmaradt az egyszerűsödő római jog, és ennek hasznosságát felismerve a törzsi hódítók is átvették ezek nagy részét, vegyítve saját szokásjogi intézményeikkel.

Ennek első összeggése a *lex Salica* volt, az 500-as évek fordulójáról, melyet a Galliába behatoló frankok királya, Chlodwig készíttetett el, miután felvette a kereszténységet, és az új egyház római képzettségén és latin írásbeliségen alapuló írástudói ebben támogatták³⁸. Ez a törvény, vagy inkább szokásjogi feljegyzés, jól mutatta a kereszténység – és vele az írásbeliség – hatása előtti törzsi jogok jellemzőit. Ezek között lehet említeni a magatartás belső tudati-akaratú összetevőinek teljes hiányát a jogi normákban, és csak a külső cselekvésekre és ezek eredményeire figyelést a szankcióknál. A belső tudati folyamatok és az akaratú elem figyelembe vétele indult meg a kereszténység hatására a későbbi szabályokban, emellett egy másik fontos változás a házasságot és a családalapítást érintette azzal, hogy egyrészt a házasságot a két fél akaratnyilatkozatára alapozták – és ezzel a bevett gyakorlatot, miszerint a házassulók szülei és rokonsága hozta meg a házassági döntést, tendenciájában háttérbe szorították – másrészt a közeli rokonsági fokok házassági akadálykénti rögzítésével az addig zárt nemzeti szervezet felbomlását gyorsították fel. Az átfogó nemzetségtől és rokonságtól függetlenedő kiscsaládok vagyoni önrendelkezését fokozta a kereszténység azzal is, hogy az öröklésben nagyobb szerepet adott az akaratú elvnek és a végrendelkezésnek, szemben a korábbi zárt rögzített örökléssel, a családon belüli automatikus vagyonátszállással a nemzetségen belül.

Az archaikus jogok egy másik jellemzője, hogy itt minden absztrakció hiányzott, pl. a *lex Salica* 9. címében tíz szakaszban csak a disznólopások bírságait írja le – de utána

³⁸ HATTENHAUER, Hans (2000): *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*. C. H. Beck'sche Verlag. München (Zweite vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage.) 135-170. p.; korábbi magyar szerzőktől ezek elemzéséhez WENZEL GUSZTÁV: *Egyetemes európai jogtörténet*. Királyi Egyetemi Magyar Nyomda. Budapest, 1869. 368-370. p., HAJNIK IMRE: *Egyetemes európai jogtörténet. A középkor kezdetétől a francia forradalomig* (Harmadik javított kiadás). Eggenberger Könyvkereskedés. Budapest, 1891. 70-71. p. A maiak közül RUSZOLY JÓZSEF: *Európa jogtörténete*. Püski Kiadó. Budapest, 1997. 46-52. p.

ugyanígy a birkákét, szarvasmarhákét, méhekét és a lovakét –, külön-külön egy szopósmalacét, egy anyakocáét, több disznóét, egészen 50 disznó ellopásáig, megadva pontosan a bírságként fizetendő pénzösszeget, de pl. hogy a sok disznófajtából „a” disznó fogalmát tették volna oda, nem is beszélve arról, hogy az összes állatot mint háziállatot fogták volna össze, elképzelhetetlen volt³⁹. Az pedig, hogy még ezek mellett az összes más nem élő dolgot s mint „dolgot” fogalmazták volna meg, ebben az érzékileg megragadhatóhoz tapadásban nem merülhetett fel. Ugyanígy az absztrakciók teljes hiánya a tér és az idő akkori megélésében is megmutatkozott, és nem absztrakt méterekben, vonalakban látták a teret és tagolták azt, hanem pl. a patakpartig, a több száz éves óriási tölgyfáig, a meredek dombig tartott egy terület, és az egész vidék így volt tagolva az emberek fejében. Az időre szintén érzékletes meghatározások voltak, pl. egy út ideje három pipadohányig tartott, és a napi időket a nap vagy a hold állásának helyzetével adták meg, amit láthattak. Egy további jellemző a közmondásként való normamegfogalmazás, melyet pl. Jacob Grimm, az ősi német jog kutatója e jog „poétikus” vonásának nevezett, pedig ezek nem díszek voltak, hanem egyszerűen akkor így beszéltek és gondolkodtak. A közmondások voltak maguk a magatartási minták és normasértés esetén a cselekedetek megítélésének alapjai.

A jogi köteleességek megalapozása, a kötelezettségek erejének létrehozása az archaikus jogban még teljesen eltért a későbbi, állami erőn nyugvó kötelezettségtől. Hattenhauer európai jogtörténetében idézi Tacitus leírását, melyben az csodálkozva írja le, hogy a germánok a kockajáték-szerencsejátékot milyen komolysággal űzik, és ha valaki már semmit nem tud fogadásra feltenni, akár a saját szabadságát is felteszi, és ha veszít, akkor bár esetleg sokkal erősebb a nyertesnél, és ellen tudna állni, vagy el tudna menekülni, de engedelmesen hagyja magát megkötözni és rabszolgának eladatni. „Ezt az engedmességet ők Treue-nek (fides) nevezik” – írja Tacitus. Etimológiailag a német Treue (hűség) az ógermán eredetű tree (fa) szóra megy vissza, amit az angolok nyelve azóta is megtartott, és az eskü a házközösség szent fájának érintésével zajlott valamikor, és az eskü így a „tree” képevel azonosult. A „hűség” fogalmához a szent fa érintésével való önelköteleződés járult, és a pogány vallásban a házközösség egészét tették fel erre⁴⁰. Ezért volt ehhez kötve, és később is ez adta az eskühöz kötöttség erejét. Az eskü megsértése így („nyelje el az egész házat a föld!” stb.) mintegy önmaga váltja ki az égi büntetést egy valamikori későbbi időpontban, és amikor a legmélyebben e hit szerint éltek meg az életet, akkor egy eskü elégséges volt a kötelezettségek vállalásához. Mindenféle legendák aztán ezek erejének alátámasztását szolgálták, miszerint egy hamisan esküvő miképpen járt pórul, és néhány nap múlva hogyan csapta agyon a villám stb. Ez az eskütechnika azonban az akkori külsődlegességhez kötött életben azt is jelentette, hogy ha egy titkos technikával ki tud bújni az eskü kötelező ereje alól, akkor ezt nyugodtan megteheti az ügyes ember. Vagyis a mai „lelkiismeret” által alátámasztott kötelezettségvállalás helyett a külsődleges félelem általi kötöttség létezett, és ha az ember ezt valahogy ki tudta játszani, akkor ez megengedett volt. Pl. ha eskü közben észrevétlenül egy olyan jelet tett, ami az elterjedt hit szerint érvényteleníti az esküt, akkor az nem köti az eskütevőt. Így a háta mögött keresztbe tett ujjak, amit a másik nem vett észre, az esküt hatálytalaníthatják, és ekkor már szabadon cselekedhet ezzel szemben is az eskütevő. Vagy egy egy másik tanító célzatú legenda szerint egy keresztény adós turpis mó-

³⁹ HATTENHAUER: 2004. 125. p.

⁴⁰ HATTENHAUER: 2004. 114. p.

don úgy esküdött meg a kölcsönt adó zsidóval megjelenve a bíróságon – állítva, hogy visszaadta a kölcsönt –, hogy egy nagy, üreges botba sok aranyat tett, és erre támaszkodva jelent meg, mintha szüksége lenne a botra, és amikor esküdött átadta a zsidónak, hogy tartaná meg addig, és ekkor megesküdött, hogy még több aranyat is átadott neki, mint amit kellett volna, majd visszakérte a botot. Ám amint kiment – szolt tovább a tanító célzatú legenda – elájult, összeesett, a botot elejtette, az aranyak kiestek, majd egy arra járó lovas kocsi elütötte és meghalt. Még a 900-as évek elején is létezett az eskünek ez a külsődleges kötés-ként való felfogása; noha ekkor már a keresztény egyház zsinati határozatokban – a keresztény szellemiség általánosan a belső tudati és akarati életre figyelése és hangsúlyozása miatt – ezt már tiltotta. Ekkor történt, hogy a frankok királya, Lajos egy ellene ellenszegülő főúr várába nem tudott seregével behatolni, és a jelenlévő püspök egy eskücselhez folyamodott. A püspök csele abban állt, hogy megesküdött, ha kijön a várból a főúr tárgyalni, akkor sértetlenül visszamehet a vár hídján, és ez bízva az esküben egy idő után ki is jött, ám a püspök visszaküldte, hogy a király még nem reggelizett. Ezután újra szoltak neki, hogy most már jöhet, és amikor kijött, elfogták és kivégezték. A püspököt az esküszegésére figyelmeztetve mondta, hogy ő azt ígérte, hogy visszamehet sértetlenül, ha kijön, és vissza is ment. Másodszorra ezt már nem ígérte meg...

A kereszténységnek ez az átalakító hatása megfigyelhető más törzsi jogok esetében is. Az angol szigeteken a 600-as évek elejétől vált elterjedté a korábban a keltákat leigázó angolszász törzsek között a keresztény térítés, a kenti angolszász király, Aethelbert 601-ben vette fel a kereszténységet népével együtt, és már a következő évben készíttetett a pápai küldöttek segítségével egy jogfeljegyzést a szokásjogról, majd a királyi jogalkotás érvényesülésével a római minta alapján támogató keresztény egyház nyomására egyre folyamatosabbá tették a következő évszázadokban, és az új és új királyi dekrétumok kiadása a szokásjogok kiegészítésére és ezzel a kereszténység szellemének bevitelére a mindennapok szokásjogába gyakorivá vált. Alfréd király törvényhozása (871–899) már az angolok teljes kereszténységre történő átállását mutatta.

Az európai kontinens észak-olasz részein a megszálló longobárdok rendezkedtek be egy időre, és az itt egyszerűsített formában továbbélő római szokásjogot igyekeztek összeolvasztani saját korábbi szokásjogukkal. Itt ellenállóbbak maradtak a kereszténység hatásaival szemben, és nem is a római keresztény világegyház formájában vették fel a keresztiséget, hanem az ariánusokét, akik lemondva a világegyház szerveződéséről, csak az egyes területek önálló keresztény közösségeit ismerték el, és ezek világi hatalomnak alávettségét is elfogadták. Róma püspökei harcoltak ez ellen, és Európa nagy részén végül a római világegyház kereszténysége terjedt el a következő évszázadokban. Ebben nagy segítséget jelentett számukra a 700-as évek közepétől a Karoling dinasztia a frankok birodalmának az élén, akik a tartományi vezetők visszaszorításáért harcolva uralmuk igazolásáért is folyamodtak a pápai hatalomhoz, és mint a kereszténység földi támaszai építették ki hatalmukat. Különösen Nagy Károly kiterjedt birodalma és a pápai udvar összefogása hozta létre a 800-as évek közepére az egységes keresztény Európát. Ekkor tudatos királyi jogalkotással, a kapitulárek kiadásával, illetve a keresztény püspökök testületének, a zsinatoknak a határozataival folyt évtizedeken keresztül a korábbi tompa szokásokból álló szokásjog átformálása.

Az egységes Karoling-birodalom kettéválása a nyugati és a keleti frank birodalomra – melyben az előbbi a mai Franciaország területeit és az észak-olasz területeket fogta össze, az utóbbi pedig a német területeket – eltérő fejlődést adott Európa nagy területei-

nek. A nyugati frank birodalom nem tudott ellenállni az észak felől betörő normannoknak, végül 911-ben önálló hercegséget adva a birodalmon belül számukra, Normandia néven saját államot alapítottak itt, felvéve a kereszténységet, és házassággal a normann herceg családja és a frank uralkodó szövetségre léptek. Itt aztán a következő évszázadban a centralizált normann intézmények és a frank hűbéri intézmények fokozatosan egy egységes államot alakítottak ki. Ezzel szemben a keleti-frank birodalom visszaverte a normannokat, és ezután ez a rész nem egy egységes állammá fejlődött, hanem az uralkodó a korábbi római birodalom utódaként, császárként csak lazán tudta összefogni az önálló törzsekből kialakult tartományi vezető családokat és önálló állami szerveződéseiket. Ez a keleti rész amúgy is sokkal heterogénebb volt, mint a nyugati, nagy területek itt soha nem tartoztak a római birodalomhoz korábban, és így intézményei a régi törzsi jogokon nyugodtak. E mellett a sok eltérő germán törzs mellett még a meghódított szlávok különböző törzsi jogai is fennmaradtak. Ennek révén a kereszténység és a latin írásbeliség sem tudta olyan mélyen áthatni itt a kora középkorban a mindennapok szokásjogát, mint az Nyugaton és a dél-európai részekben megtörtént.

Nyugaton a jellemző fejlemények között említhető ezután a normannok sikeres beilleszkedése a frank birodalomba és az egységesedő állam felé tett lépéseik, miután 987-ben a normann Capet Hugo és dinasztiája vette át a trónt, majd 1066-ban Anglia normann meghódítása és a centralizált angol királyság kialakítása, majd ugyanígy dél felé tett hódításaik nyomán az 1100-as évekre a szicíliai királyság és a nápolyi királyság normann uralom alá vetése, amely tudatos jogalkotást és államépítést hozott itt is létre, felhasználva a korábbi római császárság apparátusának tanulságait. Az 1050 körül Pisában megtalált *Digesta*, a klasszikus római jogtudomány szerzőinek kivonatos gyűjteménye, majd ennek nyomán az 1100-as évektől ismét felvirágzó római jogi egyetemi képzés tömegesen hozta létre a jogi és igazgatási technikát és a jogi érvek tárházát ismerő és kezelő jogászréteget. A megerősödő itáliai kereskedővárosok és a központi hatalommal rendelkező uralkodók az új jogászság segítségével – az eddigi keresztény egyházi tisztviselők és papság mellett – tudatosabb jogalkításba kezdtek. Velence, Pisa, Padova és más itáliai városok jogkönyvei a helyi szokásjogok feljegyzése mellett egyre inkább tudatos jogalkotással nyúltak bele a szokásjogi anyagba. Ugyanígy a Német-Római Birodalom császárává választott Hohenstauffenek, I. Frigyes majd különösen II. Frigyes, aki egyben már a Szicíliai Királyság uralkodója is volt, önálló jogalkotásba kezdtek, hivatkozva a korábbi római császárok gyakorlatára, amit a megtalált *Digesta* kezdő részei rögzítettek: „*princeps legibus solutus*” – a császár a törvényeknek nincs alávetve. II. Frigyes 1230-ban a szicíliai területeken egy egységes országos jogi kódex elkészítésével bízta meg a híres jogászt, Petrus de Vineát (1190–1249), aki az egyes járásokban lévő jogok feljegyzését kérte a helyi hivatalnokoktól, majd ez alapján összeállította a „Melfi konstitúció”-nak vagy más néven „*Liber Augustalis*”-nak nevezett kódexet. A király az ellenállást megelőzendő gyorsan kiadta a törvénykönyvet, és még további kiegészítésekkel és kompromisszumokat tartalmazó módosításokkal 1247-re véglegesítették. Az uralkodó a szicíliai területeken a törvénykönyvét öntudatosan „*Elrendeljük...*” mondattal indította, de mint a német-római birodalom császára ugyanezeket a rendelkezéseket bevezetni törekedve a birodalom egészében, még csak a tartományi főurakat eskütársként maga mellé véve és velük együtt megesküdvé bízhatott a jogi rendelkezések kötelező erejében. A normann elődök által kiépített centralizált hivatalnoki rendszer révén a központi akarat és jogmeghatározás a szicíliai részekben már jobban át tudott menni a gyakorlatba, míg a legtöbb helyen Nyugat-Európában a királyi rendeletek kiadásánál az

volt a gond, hogy a szóbeli elhangzás után a folyamatos elterjesztés és a végrehajtás ellenőrzése nem volt biztosítva. Mindenesetre II. Frigyes a félezer évvel későbbi porosz II. Frigyes abszolutista stílusát idézi meg, amikor kiadott törvénykönyvének prológusában annak kizárólagos hatályát deklarálja: „Azt akarjuk, hogy a nevünkben kibocsátott rendeletek a Mi Szicíliai Királyságunkban kizárólagos érvénnyel rendelkezzenek, és ezért elrendeljük, hogy a jövőben mindenki köteles ezt követni. Az előregedett régi törvények és szokások, melyek a mi konstitúciónkkal szembenállnak, ezennel megszűnnek, azért, hogy a mi konstitúció-gyűjteményünkben nem szereplő törvényeknek sem ereje, sem érvénye ne legyen sem a bíróságokon, sem azokon kívül”⁴¹.

Ha nem is ilyen öntudatos alkotással, de a szintén valamikori római jogi területnek számító spanyol területeken is megindultak az 1200-as évek közepén a királyi jogászok vezetésével a jogfeljegyzések és ezekből jogi kódexek kialakítása, és Kasztília királya, X. Alfonz külön a városi életre kiadta 1258-ban a „Fuero Real”, a többi részre pedig a „Siete Partidas” nevű kódexeit, melyek közül az utóbbi később áttevődve a spanyolok által meghódított Dél-Amerikába, még ma is formálja a ottani jogéletet. E hivatalos, állami hatalmon nyugvó kodifikáció mellett északabbra, a római jog által nem érintett francia részekben annyiban hatott az alig tudatos szokásjog látható alakban való kiemelése, hogy itt magángyűjteményként az egyik francia bailli (bíró), Philippe de Beaumanoir (1250–1296) összegezte az egyik nagy francia tartomány szokásjogát („Coutumes de Beauvaisis”), és az ebbe az irányba ható korszellemet mutatja, hogy szinte évre azonosan ekkor jelent meg az angoloknál is az egyik első nagy jogi összegzés Henry Bractontól (1210–1268). Európa észak-keleti részében, a római birodalomtól szintén független maradt szász-német részekben Eike von Repgow tartományi grófja unszólására, de szintén magánszorgalomból összegezte 1230 körül a helyi szokásjogot Szászütör néven, és az itteni tudatosabb jogérzetet az is formálta, hogy itt előtte sok évtizeden keresztül a flamand és nyugatibb részekről idetelepült német csoportok a letelepedésük alkalmával – legtöbbször a helyi főurak által ösztönözve és kiváltságokat biztosító letelepedésük fejében – kifejezett írásos megegyezésekben rögzítették a jogállásukat, az áthozott szokásjogaik használatát, illetve az itt élő szlávokhoz való viszonyukat, így a jog tudatosabb alakban élt e körülmény miatt itt, mint a nyugatibb részek tompa, kevésbé tudatos szokásjoga azt lehetővé tette. Az itt kialakított Szászütör aztán példát adott a dél-nyugati részeknek is a területük jogainak feljegyzésére, pl. a bajor-sváb részekben így jött létre a Svábtütör néhány évtized múlva kifejezetten a Szászütör alapul vételével, de itt a római jogi hagyomány által némileg ötvözve⁴².

E szokásjogi feljegyzések után a tudatos jogalkotás mindennapokat átható jellege inkább csak a városokon belül a saját városi jogokat illetően volt még hosszú ideig jellemző. A központi jog inkább csak úgy tudott érvényesülni, hogy központi bíróságokat hoztak létre, ahová a szokásjogok alapján ítélkező alsóbbaktól fellebbezni lehetett, és így lassanként az alsóbb jogi szférát is át tudták formálni. De egész országok tekintetében a folyamatosan működő jogalkotás és az országos jog kizárólagosan ehhez kötése csak az 1600-as évek végétől az abszolutista uralkodói hatalomnak sikerült, és ez is csak az 1800-as évekbe rögzítődött véglegesen.

⁴¹ Idézi HATTENHAUER: 2004. 345. p.

⁴² Lásd HAJNIK IMRE: *Egyetemes európai jogtörténet. A középkor kezdetétől a francia forradalomig* (Harmadik javított kiadás). Eggenberger Könyvkereskedés. Budapest, 1891. 242. p.; WIEACKER: 1968. 277. p.

2.2. A jogdogmatika rétegének kialakulása

A jog tudatosan alkotottá válása és szövegrétegben rögzítődése mellett a jog konkrét szokásnormák szintjétől való felemelkedése, absztraktabb szabályokká válása és a jogi normák tömegében pontosabb jogi fogalmak rendszerével való feljavítása is csak több évszázad folyamán ment végbe. A klasszikus római jogi fejlettségi szintet őrző jusztiniánuszi jogösszeállítás, a *Digesta* és a jog intézményeibe tanítási céllal bevezető Institutiók ismertté válása és felhasználásukkal az 1100-as évektől ennek tömegesebb tanítása Bolognában, majd több itáliai és francia város egyetemén, a római jog már kialakított fogalmait ismét behozták a jogéletbe. Ám a római jog maga is csak a vitás esetekre koncentráló bírói döntéseket tette a középpontba, és alapvetően konkrét élethelyzetekre szóló esetjogot jelentett, átfogó jogi fogalmakat alig tartalmazott. Emellett gondot jelentett, hogy az európai hűbéres feudalizmus körülményei, tulajdoni rendszere, társadalmi csoportjai közötti kapcsolatai nagymértékben eltértek a római kori állapotoktól. Ennek áthidalására e jog új európai körülményekre való átalakítása két lépcsőben ment végbe az 1100-as évektől indulóan az egyetemi jogi oktatás és az egyetemek professzori gárdája révén. Az első fázisban kb. kétszáz év alatt a jusztiniánuszi kodifikációt és a *Digesta* szövegeit csak értelmező-magyarázó jelleggel dolgozták fel, pusztán egyetemi tanítási céllal, de nagy részét ekkor még nem használták a működő joggyakorlatban. Eleinte inkább csak a közjogi érvek keltettek benne figyelmet, pl. Barbarossa Frigyes császár uralmának igazolására és a pápával, illetve a lombardiai városokkal való hatalmi vitáiban kívánt a jusztiniánuszi kódexekből érveket kiemelni, és az ehhez segítséget nyújtó bolognai jogi doktorok elérték 1155-ben, hogy egy császári privilégiummal az egyetem önállóságot kapott a várossal és a hűbérúri beavatkozással szemben. (Másik oldalról pedig épp a császári hatalom melletti kiállás miatt az első nagy glosszátortanítót, Imeriust a pápai zsinat 1119-ben kiközösítette.) De a városok is a közjogi státusuk iránti küzdelmeikhez használták csak fel eleinte az újonnan feléledő római jog érveit, és igyekeztek később az igazgatási-vezetési feladataikra Bolognában végzett jogászokat találni. A *Digesta* és a római jogi szabályok igen nagy részét azonban még sokáig nem igényelték a működő jogi gyakorlat felől.

A római jog nagy része pusztán az egyetemi jogi tanítás része volt, és inkább elméleti jelleggel hatottak ekkor a klasszikus római jog magánjogi kérdésekben kifejtett disztinkciói. De még a pusztán egyetemi céllal történő római jogi szövegfeldolgozást is visszafogta az, hogy a jogi írásokkal való foglalkozás a keresztény írásoknak azt a korabeli szellemét vette át, amely az írásokat és azok minden szövegrészét szentségként kezelte. A jogászok számára a jusztiniánuszi kodifikáció megtalált szövege, a *Corpus iuris* úgy jelent meg, mint a vallásos hit számára a Biblia. Minden egyes szövegrész maga volt az igazság ebben a szemléletben, miközben a *Digesta* ötven könyve – ma is több vastag kötetet tesz ki ez a szöveg –, 533-ban összeállítva, 300–400 évvel korábban született művekből való kivonatolásoknak volt a gyűjteménye, és e szövegek is negyven eltérő szerzőtől származtak eredetileg, akiknek munkássága között több száz év telt el. De a császár összeállító maguk is több ellentmondást hoztak létre a különböző szövegrészek kiemelésénél, és azoknak a *Digesta* könyveibe való beiktatásánál. Ennek ellenére az 1100-as évek elejétől a *Corpus iuris* tanítani kezdő glosszátorok minden egyes szövegrészt és mondatot a teljes igazság foglalataként kezeltek, és az eltérő szövegrészek közötti esetleges ellentmondások létezése fel sem merült számukra.

E korlátozott értelemmel való feldolgozás mellett is a több évtizedes munka eredményeként lassanként végül mégiscsak a középkori állapotok felé közelítették a Corpus iuris szabályanyagát és intézményeit. Párhuzamosan ezzel az 1200-as évekre nagy fel lendülésen mentek keresztül az Európa, Bizánc és az arab országok közötti kapcsolatok, a kereskedelem és az ezeket bonyolító városok, így a valamikori fejlettebb városi életre szabott római jogi szabályok egyre inkább szükségessé váltak a középkori városi élet, a kereskedelem és a kézműves ipar szabályozására. Így az 1200-as évek második felére a glosszátorok majd 200 éves tevékenységét összegezve Accursius a Glossa ordinaria c. művében egységes alakban foglalta össze a teljes, átformált római jogi anyagot, és ezt már egyre inkább a mindennapi élet jogi vitáiban is elkezdték felhasználni.

A mindennapokban használatba vett római jog és az 1800-as évek elejétől felgyorsuló jogdogmatikai munka kialakulása közötti időben három szakaszt különböztethetünk meg. Az első szakaszban 1300–1500 között a jogászdoktorok és az egyetemi jogászprofesszorok legközvetlenebb gyakorlatba bekapcsolódása formálta a jogot; ezt az 1500-as évektől a tudatosabb jogi gondolkodás és a jogi rendszerezés megindulása követte, eleinte a franciáknál a jogi humanizmus alakjában, majd a hollandokhoz áterjedve az „elegáns juriszprudencia” elnevezés alatt (a név az eltorzult középkori latin elvetéséből és írásainak az eredeti latin nyelvhez való visszafordulásából eredt); végül ebből az észjogi rendszerezések törekvése alakult ki az 1600-as évek végétől. Savigny, Puchta és a történeti jogi iskola a németeknél már ezek nyomán kezdték el a jogdogmatikai fogalmi munkának a jog középpontjába állítását⁴³.

2.2.1. A konzíliumadás, ítélkező jogi fakultások

Az ítélkező jogi fakultások az 1200-as évek végi észak-olasz területek kezdetei után az 1400-as évek közepétől indulóan a németeknél alakultak ki, és ez az egyetemi jogászprofesszori csoportokat helyezte a konkrét eseti bíráskodás középpontjába. De ugyanakkor ezek a professzori ítélkező testületek, a Spruchkollegiumok egyben a mai ügyvédi tevékenység tudományosabb válfaját, a konzíliumadást is ellátták, és e tevékenységük nem egyszerűen „melléktevékenységet” jelentett a tanítás és a jogirodalmi tevékenység mellett, mert az ebből adódó munkateher és a befolyó honoráriumok bőven – néha többszörösen – meghaladták az egyetemi oktatói munkát és finanszírozását. A konzíliumadás a németeken túl, szélesebb körben, az olaszoknál, a franciáknál, a spanyoloknál és a hollandoknál is központi szerepet játszott az egyetemi professzorok tevékenységében, igaz itt rajtuk kívül hamar megjelentek a városi hivatalnokok, a felsőbbbírák és az állami központi kancellária főtisztviselői konkurenciaként⁴⁴. A németeknél az ítélkezési fakultások és bennük a jogászprofesszorok háttérbe szorulását, illetve szorítását később az elitjogászok egy részének az egyetemekről az abszolutista hatalomhoz ju-

⁴³ Lásd ennek elemzéséhez HAMZA: 2002.

⁴⁴ Lásd ehhez: SCHOLZ, JOHANNES-MICHAEL: *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Spanien.* in: Coing, H. (Hg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800).* C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1976. 1271-1318. p.; WAGNER, UDO: *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Niederlande.* in: Coing, H. (Hg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800).* C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1976. 1399-1430. p.; WALTER, GERHARD: *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Frankreich.* in: Coing, H. (Hg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800).* C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1976. 1223-1270. p.

tott német királyi és hercegi udvarokba való áttelepedése indította el az 1700-as évek elejétől, de ugyanígy a francia királyi udvar ordonnance-ainak átfogóbb kódex-szabályozásai is csak a jogászdoktorok királyi udvarba áttelepülésével jöhettek létre. Tágabban is szemlélve, a konzíliumkérés a bíróságok részéről annak mértékében szorult vissza a franciáknál, a spanyoloknál és a holland területeken is az 1700-as évek elejéig, ahogy a római jogban és ennek újkori usus modernus változatában képzett jogászdoktorok elfoglalták a felsőbbírói posztokat⁴⁵.

A kommentátorok idején a konzíliumadás már folyamatos foglalkozássá vált. Ezeket vagy a feleknek még az üzleti tevékenységük folyamán adták, vagy a peres eljárásuk menetében a felek valamelyike vagy a bíróság kérésére. Bár fő szabály szerint az itáliai gyakorlatban ekkor a bíróság kérte a peres eljárásban a konzíliumot a felek javaslatára vagy e nélkül is. Mint stabil intézmény az eljárásban először az 1200-as években jelent meg a konzíliumadás. Több városi statútumban megjelent ebben az időszakban ennek szabályozása, de Durantis „Speculum iudiciale” c. 1246-os kézikönyve is ezt bizonyítja. Woldemar Engelmann 1938-as „Wiedergeburt der europäischen Rechtskultur” c. könyve kimutatta, hogy elsősorban a podesta-bírósági formával rendelkező városokban alkalmazták ezt, mivel az így külföldről jött bírák nem ismerték a helyi jogot, de különösen azért, mert hivatali idejük lejártá után felelősek voltak döntéseikért⁴⁶. A Nápolyi Királyságban ez csekélyebb szerepet kapott, mert Róma egyházi bíróságai elutasítóan álltak szemben a konzíliumkéréssel. De a ius commune álláspontja szerint később az alakult ki, hogy nehéz és bonyolult esetekben a bíróságnak joga volt konzíliumot kérni, amelyet ugyan figyelembe kellett vennie döntése kialakításában aztán, de az uralkodó vélemény szerint ehhez nem volt kötve⁴⁷. Később a városi statútumok egyre inkább azt írták elő, hogy a bíró a felek kérésére köteles beszerezni a konzíliumot az adott ügyben, de a hivatalból történő kérés csak kivételes legyen. Az 1300-as és 1400-as években néhány városi statútum azt írta elő, hogy a bíró köteles a konzílium alapján dönteni. Ezek a konzíliumok rendszerint egyedi jogtudósok jogi véleményei voltak, de néha testületi jogvélemény is volt. A konzílium tárgya legtöbbször egy egész jogeset – amihez elküldték az aktákat –, de sokszor csak egy-egy jogi kérdés volt.

A korai glosszátorokra jellemző – hatalmi viszályokban álló feleknek érveket szolgáltató – gyakorlati bekapcsolódást magyarázza az, hogy a kezdeti időkben a konzíliumok témáiként is legtöbbször a mai felfogás szerint közjogi jellegű kérdések szerepeltek. Pl. a híres jogász, Cinus 20 konzíliumából 15 ilyen volt, és csak öt esett a mai értelemben vett magánjog területére, de később Baldus több konzíliuma is a városok hűbéri függésének kérdését vizsgálta. A városok és más politikai testületek és hatalmak közötti vita során sűrűn alkalmazták a konzíliumkérést.

A konzíliumok gyakorlatának kialakulása összefüggött a bírói ítéletek indokolással ellátásának kérdésével. Az egyházi Rota-bíróságok, a csúcson a Rota Romanával kötelesek voltak már korán indokolással ellátni ítéletüket, míg a többi bíróságnál ez változó volt, és csak 1774-től válik törvényileg kötelezővé az olasz részek bíróságaira általában.

⁴⁵ Részletesen e folyamathoz lásd: POKOL BÉLA: *Ítélező jogi fakultások. Adalékok a középkori jog szerkezetéhez*. Jogelméleti Szemle 2006/4.

⁴⁶ Lásd ehhez Szabó Béla leírását is, különösen SZABÓ BÉLA: *Doktor alkotta jog: Communis opinio doctorum*. in: Szabó Miklós (szerk.): *Ius Humanum. Ember alkotta jog. Műhelytanulmányok*. Bíbor Kiadó. Miskolc, 2001. 122. p.

⁴⁷ HORN, NORBERT: *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*. in: Coing, H. (Hg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte*. Erster Band: Mittelalter (1100-1500). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1973S. 337. p.

A gyakorlat számára épp az ítéleti indokolás volt a fontos, mivel ez adta meg a normatív alap körbeírását egy tényállásra, és ezt nevezték „decisio”-nak. A Rota és a döntési stílusát átvevő más bíróságok döntéseinek tipikus formája a következő volt: a bevezetőben a tényállás rövid leírása, majd a vitás jogi kérdések az ügyben, ezután a pervesztes fél álláspontjának ismertetése, majd álláspontja elutasításának indokai a másik fél részéről, majd az elutasítás okai a bíróság részéről, végül a bíróság által elfogadott normatív támpontok megadása.

Az olaszoknál elterjedtek voltak a bírósági konzíliumok is, amikor egy bíróság kért ílyet egy magasabb bíróságtól, mely az előtte futó ügyben akart megalapozottabb ítéletet hozni. Voltak olyanok is, melyek egyszerűen csak aláírást kértek egy másik bíróság által már elkészített konzíliumhoz, hogy az erősítse a hitelét, ahogy a privát professzorok korábbi olasz gyakorlatában is ez jelentős volt. A későbbi időkben a konzíliumok hanyatlása következett be, és ennek oka, hogy az 1600-as évekre a felsőbbbíróságok szerepe növekedett az alsóbíróságok ítéleteinek felülvizsgálatában, és itt egyetemi jogászprofesszorok voltak a középpontban, illetve a jogászok krémje lassan itt kezdett kialakulni, szemben az 1200–1400-as évekkel, amikor az egyetemek jelentették ezt a helyet. Így a megnövekedett tekintélyű felsőbbbíróságok ítéletei léptek a jogi vélemények tekintélyhierarchiájának élére, a másik oldalról pedig az egyszerű ügyvédi tevékenység allegatiói (keresetleveleik tényleírásai és jogi fejtegetésük) kezdték átvenni az egyetemi emberek konzíliumainak a szerepét, melyeket néhány ügyvéd még responsumoknak is nevezett az összegyűjtött kiadáskor a nagyobb tekintély kedvéért, de ezek már egyszerű ügyvédi munkát jelentettek, tisztán egy-egy fél mellett elfogultan. Így ez a konzíliumok tekintélyét végleg eltüntette. Az alsó bíróságokon még egy ideig élt az 1700-as években is a konzíliumokra támaszkodás, de a felsőbbbíróságokon ez szinte teljesen megszűnt ekkorra.

Az összkép tehát az olasz egyetemeken belüli ítélkezésre, illetve a konzíliumadás gyakorlatára a következő: az 1200-as évek második felére a bírák ítéleteinek leadása az egyetemi professzorok felé sűrűn alkalmazott volt, igaz, nem a későbbi német megoldással, vagyis nem az egész egyetemi Spruchkollégiumot, hanem csak egy-egy jogászprofesszort kértek fel a döntésre, vagy a felek megegyezése, vagy a bíró választása szerint. Később ez a szerep csökkent, és az 1400-as évektől csak az egyetemi professzorok konzíliumadásának fontossága maradt meg – ennek csúcsa még az 1500-as évek első fele volt –, és innentől egyre inkább a jogtudósokkal feltöltött felsőbbbíróságok ítélkezési gyakorlata lépett a középpontba az 1600-as években, noha csökkenően azért még a konzíliumadások is megmaradtak, majd az 1700-as években ez már csak az alsóbíróságokon maradt meg. Ezzel szemben a németeknél az 1700-as évek közepéig még a legteljesebb volt mind az ítélkező fakultások szerepe (ezután még bő száz évig a német területek nagyobb részén továbbra is, kivéve a poroszokat, ahol ezt 1747-ben megtiltották), mind a egyetemi jogászprofesszorok konzíliumadási tevékenysége, és ezek eljárásjogi konzekvenciái is rögzítettek voltak.

A német területeken kialakult eljárási szabályok szerint ugyanis, ha egy perbe induló fél a per megkezdése előtt egy számára kedvező döntést valószínűsítő konzíliummal rendelkezett, akkor pervesztése esetén sem kellett megfizetnie az ellenfél költségeit, és ez sokszor megközelítette vagy meghaladta a perrel megnyerhető értéket is, vagyis az okos ügyvédek tanácsára a peres felek beszereztek egy ílyet, mielőtt belevágtak a perbe. (Példa erre egy 1716-os ítélet a tübingeni Hofgerichtnél, melyben egy asszony az apával szemben érvényesítette házasságon kívül született gyermeke miatti kártérítési igényét,

és megnyerte ezt a pert, melyben 30 guldent ítéltek meg neki a szüzessége elvesztésért, 10 guldent a gyerekágyi költségekre, és 12 gulden éves gyerektartási hozzájárulást a gyermek 12 éves koráig, összesen 184 guldent. És emellett a felperes perköltsége e perben 118 guldent tett ki!) De az eljárás közbeni megegyezésnél is a pozíciót javító funkciója volt egy konzílium beszerzésének, mivel ha a peres fél egy számára kedvező szakvéleményt szerzett, akkor egyrészt a másik fél még pernyertesség esetén sem remélhette drága költségeinek megtérítését, és ez a megegyezés felé szorította. Másrészt ez a fél elszántságát demonstrálta a per folytatására, elbátortalanító hatást téve és a megegyezés felé ösztönözve a másik felet⁴⁸.

A konzíliumadás és az ítélkező fakultások paradicsomát így az olaszok gyakorlatát átvéve a német egyetemi jogászság valószínűleg meg az 1500-as évektől. A konzíliumadás és az egyetemi ítélkezés itteni összefüggéséről írta nemrég egy ezzel foglalkozó monográfia: „Az akkori szakvéleményadás funkcionális mechanizmusai elválaszthatatlanul össze voltak kötve egy intézménnyel, mely a Régi Birodalomban központi szerepet játszott, az aktafelküldési eljárással (*transmissio actorum*)”⁴⁹. Vitás volt az eltérő német területek között, hogy a bíró köteles-e kihirdetni a megkapott ítéleti formulát, vagy azt elvetve egy másik egyetemhez fordulhat-e ezután, más ítéleti formuláért. A többség a megismételt eljárást lehetségesnek tartotta, és néha gyakorolta is. A bíróságok kérésére adott konzíliumok és az ítéletek indokolási kötelessége vitatott volt, és a régi német bíróságok egészen az 1700-as évek elejéig az ítéleti indokolás megadása alól fel voltak mentve. Ugyanígy a Spruchfakultás részére sem állt fenn általános indokolási kötelesség az aktafelküldési eljárás keretében az ítéleti formulán túl, de ha a bíróság adott esetben erre kérte őket, akkor kötelesek voltak erre is, noha ez hosszabb időt vett igénybe, és megdrágította az eljárást. Ezzel szemben a magánfél részére adott konzíliumokban az indokokat rendszerint meg kellett adni.

A foglalkoztatottabb ítélkező fakultások munkaterhére jó adatot ad egy 1800-as évek közepéről származó információ, melyben a Jéna egyetemétől származó ítéleteket és konzíliumokat annak alapításától (1558) az addig eltelt kb. 300 évben összesen 400 ezerre teszik, vagyis ez évente több mint ezer ilyen döntést jelent, vagyis naponta majd négy döntést. (És mindezt az ebben résztvevő professzorok tanítási kötelezettsége mellett...) Az egyes évekre is példák: „Például 1675-ben Jéna egyetemén csak magánjogi ügyekben 709 döntés született, de nem ez jelentette a csúcstartó évet. Gerhard Lingelbach 1744 és 1750 között éves átlagban 852 ilyen ügy megszámlálásig jutott. A következő években egy fokozatos csökkenés tapasztalható, 1790-ben 565, 1795-ben 524, 1801-ben 519 ilyen ügyet döntöttek el. És ezekhez jönnek még a büntető ügyek”⁵⁰. De egy-egy ügyben a jogerős döntésig sokszor több aktafelküldési eljárásra és részítélet meghozatalára is sor került. „Sok bíróság átengedte a Spruchkollégiumoknak nemcsak a végső ítélet meghozatalát, hanem az eljárásban felmerült részítéletek meghozatalát is. Így került sor például egy ügyben, melyben a fiatal Christian Thomasius mint védő lépett fel, a lipcsei Schöffentstuhl öt döntésére aktafelküldési eljárás keretében”⁵¹.

⁴⁸ FALK, ULRICH: *Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*. Vittorio Klostermann. Frankfurt am Main, 2006. 231.p.

⁴⁹ FALK: 2006. 5. p.; ASCHERI, Mario: *Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Italien*. in: Coing, H. (Hg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500–1800)*. 1976. S. 1114–1221. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München.

⁵⁰ i.m.: 21.p.

⁵¹ FALK: 2006. 22. p.

Az egyes bíróságok választhattak a jogi fakultások között az aktafelküldésnél, de rendszerint stabil kapcsolatok jöttek létre egy-egy bíróság és az általa preferált egyetem között ebben a dimenzióban. „Így például Göttingen egyeteme az 1700-as években gyakran hónapról hónapra 10–30 ügy aktáit kapta meg ugyanattól a bíróságtól”.⁵² A váltást, a kapcsolat megszakadását rendszerint csak speciális ok hozta létre, így a gyakran előforduló késlekedés az adott egyetem túlterheltsége miatt, vagy gyakori olyan döntés, amely nagy mértékben szemben állt a bíróság által várt ítélettel, vagy a túl magas díj követelése. Például Erlangen egyeteme az 1700-as évek közepén elvesztett egy addig jól fizető bíróságot az átlagtól mesze magasabb honorárium követelése miatt. Néha fenyegetéssel is igyekeztek a bíróságok rövid határidő alatt ítéleti formulát kikényszeríteni az egyetemektől, pl. Cleve bírósága azt írta, hogy ha hat-nyolc héten belül nem kapja meg az ítéletet, akkor a jövőben nem küld aktákat az adott egyetemre.

Az egyes professzorok többszörös bírósági és más funkciói nagyon jellemzőek voltak. Az 1600-as évek egyik leghíresebb német jogásza, Benedict Carpzow, aki egy életen át a lipcsei Schöffenhof tagja volt, ezentúl a lipcsei Appellationsgericht bírója, a legfelsőbb szász bíróság tagja, és még az Oberkonsistorium tagja is Lipcsében. E mellett egy ideig még hercegi tanácsos is volt, de erről később lemondott, hogy ítélkezési és szakirodalmi tevékenységének szentelhesse magát.

A jó pénzeket hozó konzíliumgyűjtemények ellen szólalt fel nagyon korán Andreas Alciat (1492–1550), mivel ezeket a megbízók érdekei által torzított jogi érvelésnek tekintette, és a jogtudomány számára alkalmatlannak tartotta. Maga is sok konzíliumot készített, melyeket ő nem adott nyomtatásban, igaz, aztán örököse, unokaöccse (egyben tanszéki utódja) a későbbi kardinális, Franciscus Alciat egy válogatást készített ezekből. Vele szemben Tiberius Decian igyekezett megvédeni a konzíliumadást vitáiraiban, és ennek tisztességét állította, hogy csak akkor lehet elvállalni egy ügyet konzíliumra, ha a megbízó igazságáról előre meggyőződik a jogtudós, és ezután már igenis arra kell törekednie a konzíliumban, hogy a megbízó jogos igényét kimutassa a legjobb érvekkel. Ez az érv aztán állandóan felmerült a későbbiekben a megbízó érdekei iránt elfogult konzíliumok védelmében, csak az maradt ki, hogy Decian ehhez előzetes megbizonyosodást írt elő a megbízó igényének jogosságáról, és csak ez esetben írta elfogadhatónak a konzílium készítését.

A konzíliumadás utáni honorárium tehermentesítette az államot a nagyobb bérek fizetésétől a professzorok részére és az egyetemek fenntartásának költségeit csökkentette. Ez különösen inséges időkben, amikor az állami pénztár nem működött a háborúskodások és viszályok miatt vált alapvetővé, és a jogi karok ebből biztos pénzhez juthattak. De ugyanígy a bírák sem kapták meg a pénzüket sokszor, és ezek jogászdoktorai a konzíliumokból tudtak megélni. Szemben az olasz állapotokkal, ahol a fix bírói fizetés már a középkor végétől bevetté vált, a németeknél ez sokáig még hiányzott. Pl. Weimar hercegségében utasításba adták a bíróságoknak 1696-ban, hogy segítettő a jénai Schöffenhofnak, ide kell küldeni az aktákat ítéletkérésére, és mást nem lehet előnyben részesíteni ennél. De Erlangen egyetemének professzorai is folyamatosan petíciókban kérték a hercegség fejét, hogy a hazai bíróságok aktafelküldését feléjük tegye kötelezővé, amit az meg is tett.

A professzori Spruchkollégiumok ítélelhozatali tevékenységük mellett konzíliumokat is adtak bíróságok és magánfelek kérésére mind magánjogi, mind büntető ügyekben,

⁵² FALK: 2006. 23. p.

de ezen túl még egyes tagjai külön is vállaltak mind bíróságok felől, mind magánfelek részéről érkezett kérésekre konzíliumadásokat. Ebből adódott a probléma, hogy elvállalhatja-e az ítélet készítését az adott Spruchkollégium, ha a testület maga vagy egyik tagja már adott ez ügyben konzíliumot? Ez vitatott volt, noha sokan látták ennek hátrányait, az elfoglaltság létrejöttét, de az ebben résztvevő egyes professzorok sok érvet hoztak ennek „előnyei” kimutatására is.

A honoráriumok nagyságáról kiindulásként annyit, hogy egy jól foglalkoztatott ítélkező fakultás tagja professzori fizetésének három-négyszeresét tudta ezzel megkeresni. Miközben az 1600-as évek végén Wittenbergben egy ordinarius éves fizetése 150 birodalmi aranytallér volt, csak konzíliumadásból mint a Spruchfakultás tagja még 200 tallért kereshetett, de az 1700-as évek elejétől ez felment 500 tallérra, miközben a professzori fizetés változatlan maradt. A kutatások szerint ez idő tájt egy-egy aktafelküldés után az ítéletért átlagban kb. négy aranytallért kapott a Spruchkollégium, de bonyolultabb ügyekben ez többszörösére is felment. A Spruchkollégium konzíliumáért Rostock egyetemén az 1500-as évek végén két tallért kértek, az 1600-as években három tallér volt az ár, de ha ez bonyolultabb ügyet jelentett, akkor ez is emelkedett. (Pl. 1700 körül egy igen bonyolult ügyben ez elérte a 100 tallért.) Így 1560-ban 138 konzíliumért összesen 560 aranytallért kapott a wittenbergi Spruchkollégium. A lipcsei Schöffentstuhl akkor is megemelte az árat, ha több jogi kérdésre is válaszolni kellett a konzíliumban, míg az alapösszeg itt is kettő és négy tallér között volt. A fenti számok azonban csak az átlagos vagy ez alatti ítélkező fakultások pénzeit jelentették, és hogy lássuk az összeg nagyságát, amit egy kiemelkedő egyetemen egy-egy jól foglalkoztatott professzor kapott e tevékenységéért, álljon itt a lipcsei Schöffentstuhl hét tagjának 1699. évi honorárium, mely tiszta jövedelmenként 1700 tallért jelentett egy-egy tag számára, míg a lipcsei kormányzó polgármester ez évben 1240 tallért keresett⁵³.

Épp ezért egy-egy pozíció ezekben a testületekben nagyon keresett volt, és sokszor ingyen dolgoztak azok az egyetemi oktatók, aki be akartak ide kerülni és vártak az üresedésre. Ám a benn levők sokszor még a nagy munkateher mellett is vonakodtak a bővítéstől sokszor, mert ezzel többfelé kellett osztani a honoráriumokat. Így Wittenberg egyetemének Spruchkolléguma hét tagból és négy póttagból állt, mely utóbbiak semmilyen honoráriumra nem számíthattak, csak arra, hogy bekerülésük után busásan megtérül munkájuk. Ezek a szegényes egyetemi fizetésüket addig mint ügyvédek egészítették ki. És ez a karrier általában is jellemző volt a jogi kari oktatóknál: ügyvédi munka, majd a peres felek által kért konzíliumadásba beszállás, végül a Spruchkollégium tagjaként az ítélelhozatalba való bekapcsolódással a csúcsra értek. A nagy konkurencia az egyetemi oktatók között arra vezetett több helyen, hogy az átfogó egyetemi oktatógárdán belül egy szűkebb kör alakult ki a „dékánképes” professzorokra szűkülve, akik az egyetemi Spruchkollégium tevékenységét teljesen maguk között tartották, és a többieket csak az oktatásba engedték beszállni⁵⁴.

A túlzott pártosság problémája a konzíliumadásnál a megbízók jóindulatának kéréséért, illetve ezzel összefüggésben az így lefektetett normatív támpontjaik torzításai, amikor ilyen ügyekben aztán később ítéletkészítésben vettek részt, állandóan felmerült. Pl. Hannover Hofgerichtje 1790-ben kihirdette, hogy a jövőben nem küld ítéletkérést Rostock egyetemi Spruchkollégiumához, mert az a jog minden szilárd elvét félredobja

⁵³ FALK: 2006. 234. p.

⁵⁴ Lásd ehhez az adatokat Rostock egyetemének leírásáról is: KISCHKE, STEFFEN: *Die Spruchtätigkeit der Juristischen Fakultät Rostock in den Jahren 1628 bis 1657*. Shaker Verlag. Aachen, 2003. 65-87. p.

ítéletkészítésénél. Ilyen döntések aztán az adott egyetem ítélkezési és konzíliumadási hírnevét alaposan tönkretették, és megindult az ilyenfajta üzletmenetük radikális csökkenése. De ebbe az irányba hatott az is, ha egy ítélkező testület vagy annak egy-egy tagja a magán konzíliumadásban túlságosan magas honoráriumhoz ragaszkodott, és ezzel elriasztották a szokásos ügyfeleket is. Ulrich Falk általános megállapítása a testületi és az egyes jogászprofesszorok konzíliumadásáról, hogy ez fő szabály szerint pártos volt a megbízó érdekében, és csak kivétel volt, ha ettől egy-egy testület vagy professzor rendszeresen eltekintett, és a jog elveit és normáit tényleg szilárdan alkalmazta.

További gondot jelentett, hogy a konzíliumkérésnél a megbízók szelektív tényállás-közlése volt jellemző, ám ezt a konzíliumadási gyakorlat nem vizsgálta, és mint igazságot vette alapul a szakvélemény megadásánál. A peres felek ügyvédei által adott narrációk túlzott torzításának csak az szabott határt, hogy ha a későbbi bírósági vizsgálatnál a valóságos tények nagyon eltértek a narrációban előadottaktól, akkor az arra szabott szakvélemény értéktelenné és kidobott pénzzé válhatott. A konzíliumadási gyakorlat ezért óvatosságból mindig hozzáfűzte záradékképpen, hogy a szakvéleményt a megbízó által előadott tényállás alapján adták meg. A felek (illetve ügyvédek) középkori narrációit Marcus Fabius Quintilianus antik orátor-kézikönyvének maximája határozta meg, aki azt írta az orátor feladataként, hogy „néhány dolgot hozzá lehet tenni, néhány dolgot megváltoztatva előadni, némelyeket pedig elhallgatni, de elhallgatni csak azt szabad, ami nagyon szükséges, és ami egyben lehetségesnek is tűnik”. A felek szépítő tényállásaira panaszkodott Helmstedt egyeteme is, amikor Braunschweig-Lüneburg hercegség hercegének megbízásából egy vizsgálóbizottság vizsgálta meg annak ítélkezési és konzíliumadási gyakorlatát, és nagy ellentmondásokat talált, mivel ugyanazon esetekben eltérő jogvéleményeket, illetve ítéleteket adtak többször is, és ez megismétlődött egy 1680-as hercegi vizsgálóbizottság kritikájánál. Sőt itt az is sokszor előfordult, hogy ugyanabban az ügyben a fakultás és egyes tagjai a szembenálló felektől is elfogadtak megbízást szakvélemény adására, és mindkét megbízó fél számára kedvező szakvéleményt adtak, melyek kizárták egymást. A védekezés itt az volt, hogy sokszor a felek álnévvvel adták be a véleménykérésüket, és így nem tudták a Spruchkollégium tagjai, hogy ugyanannak az ügynek a szembenálló feleiről van szó. Természetesen ez csak arra volt megfelelő védekezés, hogy miért fogadtak el szembeálló felektől megbízást, de arra nem, hogy miért készítettek egymásnak ellentmondó jogvéleményt, pártosan elfogultan a mindenkori megbízó fél érdekei felé.

2.2.2. A jogi humanizmus korrekciói

Ez az egyetemi professzori bekapcsolódás a joggyakorlatba hosszú ideig megmaradt az esetjogi feldolgozás szintjén, és csak átfogóbb szellemi-kulturális változások indították el a jogon belül is az átfogó értelmi rendszer kialakítására való törekvést és ezzel az absztrakt jogdogmatikai fogalmak rendszerére épített jogi szabályozás kialakulását. Az első lépést ebben az irányban az 1400-as évek végétől az átfogó reneszánsz szellemiség egyetemi jogászokra tett késői átgűrűzése indította el.

A jogi humanizmus az 1500–1700 közötti időszakban létezett, de fő ereje az 1500-as években volt a franciáknál, és a későbbi holland elegáns juriszprudencia már csak ennek egy mellékcentruma volt. A franciáknál is Bourges egyeteme volt a fellegetvárak, a hollandoknál aztán Leuvenben a Collegium Trilingue Lovaniense vált azzá. Bourges legnagyobb alakjai *Andreas Alciat*, *Hugues Doneau* (Hugo Donellus) és *Jacques Cujas*

voltak. A humanista jogtudomány egyik fő támadása a korábbi jogi nézetek ellen a források korlátozottsága volt, mely kizárólag a jusztiniánuszi kódexek és a Jusztiniánusz által összeállított *Digesta* alapján nézte a római jogot. A téma egy kutatója, Hans Erich Troje jelzi, hogy a jogi humanizmust korábban úgy fogta fel a jogtörténeti közvélemény, mint a széles antik tudáson alapuló és annak bővítésén fáradozó ezoterikus tudósok munkáját, akik a gyakorlati jogi élettől és a politikai élettől távol tartották magukat, de az utóbbi években azt igyekeznek kimutatni egyesek, hogy egy politikai mozgalom részesei voltak ezek. A jogi humanistáknál az addigi tudósok egyirányú latin iránysága mellé bejött a görög és a bizánci források kutatása is, és így ők ezeken keresztül a jusztiniánuszi összeggésen kívüli anyagokat is be tudták vonni a kutatásba.

A humanizmus mozgalma szétverte a jogászoknak ezt az önelégedettségét, mely egyedül a római jog forrásaiból táplálkozott, és ezzel szemben a meg nem csonkított *aequitas* eszméjét Cicerónál mint az írott jog korrigálóját és mint az írott jog interpretáló eszközét találta meg. A humanista mozgalom Ciceróra támaszkodva és annak a római jog feletti kritikáját átvéve, majd a görög jogfilozófusokkal magukkal megismerkedve a római jog számára egy elbizonytalanítást, egy válságot hozott létre. A kortárs jurisprudentia a válságból kiutat keresve új intézményi és dogmatikai megoldásokat igyekezett találni, és ez a jogi humanisták programjában az újjáélesztett görög *aequitas* gondolata körül szerveződött, és ezzel új legitimáló eszközt és mércét talált. Ezt Guido Kisch mutatta ki, és ezzel a jogi humanizmus ezoterikus tudós-jellege helyett új fénybe állította őket. Domenico Maffei 1956-ban írt anyagában azt emeli ki, hogy a jogi humanisták a jog és az erkölcs, a jog és az igazságosság, a törvények természetét stb. kutatva olyan kérdéseket vetettek fel, mint abban a korban más kérdésekből indulva a protestáns gondolkodók és a gallikanizmus hívei is, de idetartozott a jog és a szélesebb kulturális viszonyok kérdésének beemelése, illetve a gazdasági egyenlőtlenség és a jog viszonyának felvetése is⁵⁵. Ez jelentette a „*mos gallicus*” gondolkodóinak eltérését a „*mos italicus*”-tól, átfogóbb kulturális és gazdasági világgépük szintjén.

A jogi humanizmus egyik törekvése az áthagyományozódott és sokszor torzult jogi szövegek helyett eredetibb római jogi szövegek találása és kiadása volt, és ezek mellett az eredeti római jogi kultúrát még jobban ismerő és felhasználó bizánci görög szerzők kiadása, illetve ezek szemszögén keresztül a korábbi évszázadok középkori feldolgozásainak és jogi konstrukcióinak a kritizálása. A bolognai *Digesta*-szöveg mellett később a *Littera Florentina* vált a pontosabb szöveg alapjává, de ezt csak 1553-ban nyomtatták ki, és tették szélesebb körben is elérhetővé, az addig kézzel írt másolatok szűkössége után. A *Digesta* eredeti szövegét a görög nyelvű „*Baszilikák*” bevonásával igyekeztek mélyebben megérteni, ám ezután a különböző *Digesta* szövegek (a Bolognában korábban használt *Littera Pisana*, illetve a *Littera Florentina*) és a *Baszilikák*, továbbá más görög szövegek bevonásával kiegészített szövegek nyomtatása révén kaotius állapotok jötte létre, mert nem volt egyetlen elfogadott szöveg. Ezen segített végül 1583-ban *Dionysius Gothofredus* *Digesta*-kiadása, aki most már glosszák nélkül adott ki egy olyan változatot, amely a konszenzust meg tudta szerezni, és ez terjedt el, többször kiadva az 1600-as években.

A pontosabb *Digesta*-szöveg mellett a jogi humanisták egy másik erőfeszítése a Jusztiniánusz előtti római jogi szövegek megtalálása, kiadása és azoknak a római jog

⁵⁵ TROJE, HANS ERICH: *Die Literatur des Gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*. in: Coing, H. (Hg.): *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Rechtsgeschichte*. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977. 615-795. p.

elemzésébe való bevonása volt, így Paulus egy anyagának megtalálása, melyet Cujas dolgozott fel 1558-ban. A görög-bizánci szövegek az egyházi kánonjog kritikájához és a keresztény egyházon belüli reformáció törekvéseihez is döntően hozzájárultak. 1540-ben pl. egy görög nyelvű régi kánonjogi szöveg kiadása Jean du Tillet részéről a titkos kálvinizmus gyanúját váltotta ki az egyházi hatóságok részéről.

A jogi humanisták a korábbi jogi irodalmi feldolgozási formával is szakítottak. Míg a korábbi jogi feldolgozások a jogi *tanításból* nőttek ki, addig a jogi humanisták a *kutatás kapcsán* használt szövegfeldolgozás formáját fejlesztették ki, és ezt Observatióknak nevezték. Az egy-egy probléma megfigyeléséből kinőtt elemzéseket aztán observatio gyűjteményekben publikálták. (A későbbi monográfia forma ebből nőtt ki.) A jogi humanisták kezdték a Digestába foglalt töredékek eredeti kontextusát és ebben való értelmét kutatni – ezt az 1700-as évek második felétől „Palingenesia”-nak szokták nevezni – és e kutatás kiegészítője volt a Digestába a töredékeken túl beillesztett „interpolációk” kutatása és elkülönítése a klasszikus szövegektől. Ezzel indult az eredeti római jog szellemének kiemelése Jusztiniánusz bizánci korának körülményeiből, és ezzel együtt az ezen alapuló középkori jogi konstrukciók alól.

A jog rendszerezése felé tett fejlődés fontos lépése volt a monográfia formájának létrejötte. Ennek és ezzel a rendszeres feldolgozás létrejöttének a kezdete Budé és Alciat műveiben található. Guillaume Budé egy 1515-ös könyve példa lehet erre, melyben a római pénzügyek szabályozásáról adott egy átfogó elemzést. E vizsgálat során a technikai részleteket, az érmék anyagával és a mértékegységekkel való rendszeres összefüggéseket is elemezte. Igaz, az egyes részleteket még csak asszociációs technikával kötötte össze, így ez nem volt még rendszeres-átfogó elemzés. Alciat átfogóbb monografikus elemzései már tagoltabbak és áttekinthetőbbek voltak ebből a korból, és a jogértelmezésről 1530-ban írt műve igazi rendszeres elemzést eredményezett. Ő az egyszerűbb értelmezési kérdésektől a komplexebbek felé haladt módszeresen, és így elemezte a tárgyat. Ezután az átfogó feldolgozások Alciat eljárását követték, és kevésbé Budéét.

Egy másik irányt jelentett a rendszeres jogdogmatika felé a jogi érvelésmélet formálódása. Először Rogerius 1463-ban írt egy önálló traktátust a jogértelmezés gyakorlatáról és elméletéről. A középkori érvelésméletek egy alfabetikusan rendezett érvelési formulagyűjteményt jelentettek, és ezek a katalógusok tendenciájukban egyre bővültek. Dinus Mugellanus és Jacobus de Arena kezdte ezt el, és ez Caccialupisnál már 133 érvelési formulára duzzadt, kezdve az „argumentum ab anticipatione”, bezárva az „argumentum a toto” formulával. Egy-egy ilyen érvelési formula mellé egy rövid magyarázó leírást tettek, majd néhány törvényi hely és kánonjogi szabály volt példaként felhozva, melyek az adott formulát megformulázták, elismerték vagy használták is. Egy hosszú bővülési folyamat után Nicolaus Everardus (1462–1532) Topikájában talál lezárást ez a fejlődés. A „Locī argumentorum legales” című műve kiadásról kiadásra növekedett, és miközben kezdetben csak 100 formulát használt, ez felment az 1581-es kiadásban már 130-ra. E gyűjtemények mellett Cicero és Quintilianus érvelésméleti írásait is elemezték e korban, pl. Rudolf Agricola 1480-as De inventionē dialectica c. írása hatott a jogászokra is. A bolognai Petrus Andrea Grammarus (1480–1528) 1507-es művét „Topica legalia” címmel adták ki, és ezt a címet használta 1520-ban Claudius Cantiuncula is érvelésméletére. Cantiuncula már az érvelési formulák pusztá felsorolásán túl összefüggést igyekszik találni köztük, és így összeállítani ezeket. Külön választotta a külső érvelési formulákat és a belső formulákat. A későbbiekben Grammarus és Cantiuncula részeit összeolvasztották, és így terjedt a jogi logika szerzőinél. A rendszerezettebb

topikától a jog rendszere felé tett nagy lépést Johannes Apel 1535-ben megjelent írásában, az ő dialektikája már a dogmatika fogalmi és rendszerképzését szolgálta. Az 1600-as években azonban a topika és a dialektika már zömmel divattémává korcsosultak, egymást ismételve a későbbi szerzők, míg az 1500-as években a logikai törekvések domináltak.

Petrus Ramus (1515–1572) fejtett ki 1572-es művében egy rendszerre törekvő módszertant, aki hitt a természet által adott gondolkodásmódban, az egészséges emberi értelem dialektikájában. A dialektikának mint művészetnek a természetes-dialektikus gondolkodás utánzásában kell megítélése szerint állnia, és ez ahhoz vezette, hogy a gondolkodásnak az általánostól az egyes felé kell irányulnia – ahogy ez Arisztotelesznél is volt –, és ezzel az ismértől az ismeretlen felé kell haladnia. A lét rendje ugyanaz, mint a megismerés rendje. Az általános a természetből fogva is jobban ismert, és ezért azt kell alapnak állítani: minden rendszer (ars) kiindulópontjában egy egészen általános definíció áll (definitio generalissima prima erit). Ramus ezzel a római jogban benne levő struktúrák feltárását segítette elő.

A XVI. században a rendszerezésre törekvő jogászok nagy nevet vívtak ki, de ez inkább csak a meglévő jog rendjének feltalálására irányult, és nem egy ilyen jog gondolati újrakonstruálására. Nagy bizalommal feltették, hogy ez így létezik, csak meg kell ezt találni a szövegekben. Ahogy a szövegkritika is a humanizmus általános jellemzője, úgy az általános rend gondolata is. A lutheránus Melanchton a teológia számára már kezdetől követelte, hogy az anyagát egy rendszerben kell ábrázolni. A rend után kutatva azonban volt, aki arra az álláspontra jutott, hogy nincs az áthagyományozott római jogi szövegekben rend, pl. Johannes Sichard az 1528-as *Lex Romana Visigothorum* kiadásának előszavában az írta, hogy a *Digesta* olyan, mint egy rosszul összeállított, foltokból álló szőnyeg, melyben az ember sem a fejet, sem a lábat nem tudja megkülönböztetni. Ezzel szemben Baron 1535-ös könyvében ezt vitatja, és egy architektúrát lát a *Digestában*.

A másik kifejezés az architektúrán kívül az ökonomikusság (*Oeconomia*), melyet már Quintilianus úgy vett át a görögöktől a római időkben, mint egy problémakör logikus rendben való ábrázolását, és Budé nyomán a jogászok is elkezdtek ebben az időben ezt használni. Budé 1518-ban (Alberti és Vitruv írásaira támaszkodva) egy rendszeres kodifikáció tervét is megfogalmazta az ökonomikusság követelményei által ösztönözve, mely gondolatot később aztán széles körben hangoztatni kezdtek. „Ezek a jogászok már egy egységes *ars iurist* hoztak volna létre a *Digesta* 50 könyvéből, a *Codex* 12 könyvéből, ezek függelékeiből és Bartolus, illetve más elsőrangú jogászok dogmatikájából, és nem egy foltos szőnyeget, mint azt Tribonianus tette”⁵⁶. A francia Jacques Cujas a *Digesta* címeinek architektúráját összefüggésben ábrázolva védte ennek hagyományos rendjét, és a címek rendje mögé általánosabb összefüggéseket felmutató gondolatokat csúsztatva igyekezett a rendet létrehozni. Egyáltalán, a joganyagban a rend és az összefüggés felmutatásának első technikája a középkor vége felé sokáig a *Digesta* anyagában a címek közötti összefüggés megteremtését célozta. A „*continuatio rubricae*” az egyes címek közötti kapcsolat, mely lehetővé teszi kapcsolódás vagy éppen az ellentétes viszony rögzítése az adott címek között, és ez mint az első jogi szisztematika fogható fel⁵⁷.

⁵⁶ TROJE: 1977. 745. p.

⁵⁷ TROJE, HANS ERICH : *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*. in: Blühdorn/Ritter (Hg.): *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Klosterman Verlag. 1967. 76-77. p.

Andreas Alciat kezdte a hagyományos *Digesta*-kommentárokkal való szakítást az 1530-ban Bourges-ban a tanításhoz használt művében, melynek előszavában (*Epsitola ad lectorem*) az írta, hogy a diákok elégedetlenségének eleget téve tért el az addigi stílustól, melyben az egyes *Digesta*-helyekre számtalan felhalmozódott korábbi véleményt soroltak fel. Az uralkodó véleményeket a kérdésben és az ezzel vitatkozókat, szószerinti idézettel minduntalan, és ez nehézkessé tette az alaptézisek megértését. A diákok feléje irányuló kérésének álcázva saját stílusának indokolását, írta: „Hagyd a látszatproblémákat el, és csak az egyes kérdésekhez tartozó uralkodó véleményeket magyarázd el és alapozd meg nekünk. Kímélj meg bennünket a szó szerinti Bartolus-idézetektől, és inkább saját szavaiddal foglald össze röviden és jól tagoltan a fontos tantételek tartalmát!”⁵⁸ Ezentúl Alciat összefoglalja itt a „diákok kéréseként” a későbbi jogi humanizmus összes központi törekvését: ha más szöveget is be kell vonni az adott szöveg megértésébe, akkor ne csak utalással a hallgatóra bízva annak megkeresését, hanem röviden foglalja maga bele azt ebbe a szövegbe; emellett a jogi szövegek megértésébe vonja be a nem jogi jellegű antik anyagokat is, illetve elegáns latint használjon az elemzésében. Alciat a kommentátoroktól eltérve inkább a glosszátorok stílusához igyekezett visszatérni. Összehasonlítva az abban az időben az olaszoknál kiadott kommentárokkal, az övé sokkal összefogottabbá és áttekinthetőbbé vált a jelzett változtatások miatt, noha a későbbi ténylegesen feszes-rendszeres anyagokhoz képest még ő is terjengősen tárgyalt az egyes tételeknél a vonatkozó véleményeket, még ha ezek nem is sokat segítettek a tétel megértésében. *Franciscus Duarenus* (1509–1559) volt Alciat tanítványai közül az, aki továbbvitte mestere törekvéseit, és nála a rendszeres tárgyalásra áttérés felerősödött élete későbbi szakaszán.

Az Alciat által elkezdett és Duaren által folytatott utat, az exegetikus módszertől a rendszeres irányba való eltávolodást a joganyag ábrázolásában Donellus vitte el a legmesszebb. Ő az anyag leírásában a későbbinek a korábbiból származását igyekszik felmutatni, a különös szintű téziseket az általánosakból levezetni, és az általánosból levezetett fogalmakból fel az általános felé, illetve onnan lefelé a konkrét felé mutatja állandóan az összefüggéseket, vagyis az *ordo resolutivus* és az *ordo compositivus* kölcsönhatását. Összértékelésben azonban, noha Doneau még jobban elment a rendszeres ábrázolás felé mint Duaren, még ő is az exegetikus módszerrel építi fel döntően elemzéseit. Bizonyos anyagaiban inkább a rendszeres ábrázolás, bizonyos anyagaiban pedig inkább az exegetikus elemzés dominál, vagyis nem állt át teljesen a másik irányra (Osler 2001)⁵⁹. Igazi ereje Donellusnak az egyes részek exegetikus tárgyalásának megtartása mellett az, hogy ezt a szűkebb szabályozási terület egészébe ágyazva rendszeresen tudta ábrázolni, ám a szélesebb rendszerességet átfogóbb jogi területeken már nem tudta keretek közé foglalni.

Ismertté váltak erre az időre a jogi szövegeken túl az átfogó római kultúra szellemi termékei is, és kezdték megismerni a köztársasági Rómától a császári időszakig vezető történelmi változásokat, ugyanígy a *Digesta* szövegeinek történetisége és a jusziniánuszi összeállítás torzításai is ismertek lettek. Ez létrehozta a római jogi szövegekkel való szabadabb bánásmódot, és a korábbi „szent szöveg”-jellegüket felváltotta a tudatosabb-kritikai elemzésük. Egyre inkább az egyes szövegrészek közötti értelmi összhang került a középpontba ennek folyamán, és a *Digesta* könyveinek egységes ér-

⁵⁸ Idézi TROJE: 1977. 757. p.

⁵⁹ OSLER, DOUGLAS J.: *Images of Legal Humanism*. in: *Surfaces*, Vol. IX. 2001. 1-21. p.

telmi rendszerré formálása, az összetartozó részek kiemelése, a címek közötti összhang megteremtése, és ezután a szövegek és szabályozások kiemelt vezérelvek fényében való megértése vált az új megközelítés középponti törekvésévé. Bourges egyetemén a kálvinistáknak a rendszeres teológia felé való törekvése is befolyást gyakorolt az értelmi rendszerré formált római jog megteremtésére. Ez különösen *Hugo Donellus* (1526–1591) műveiben teljesedett ki. Savigny az átfogó fogalmi dogmatikára törekvésénél 250 évvel később azt mondta, hogy Donellus művei a leginkább használhatók munkájában.⁶⁰

2.2.3 Az újkor észjogi természetjogának rendszertörekvései

A korai reneszánsz és humanista szellemi erjedések jogra tett utóhatásán túl egy másik külső szellemi hatást jelentett a jogaon belül az értelmi rendszer kialakítása irányában az 1500-as évek második felétől a logikai-matematikai gondolkodás eredményeinek a szellemi élet minden területe felé történő átvitele a franciáktól kiindulva és terjedve egész Európában. Ennek révén először *Petrus Ramus*, majd *René Descartes* (1599–1646) nézetei és Galilei természettörvényekre vonatkozó objektív szemlélete az 1600-as évek második felére a szellemi termékek absztrakt elvekből indító felépítését és ellentmondásmentes értelmi rendszerként történő megkonstruálását ösztönözte mindenhol. A jogi életben ez a rendszergondolat először Johannes Althusius (1563–1638) révén jelent meg, de a holland jogtudományban *Hugo Grotius* is ezzel az absztrakt-rendszeres jelleggel fejtette ki új, világi alapokra helyezett természetjogi felfogását. Ennek nyomán az 1600-as évek végétől elterjedő természetjogi gondolkodás, összekötve a jog rendszerének gondolatával, lassanként átalakította a korábbi esetjogi jogszemléletet. A protestáns hollandoktól induló világi természetjog különösen a szintén protestáns német tartományokban terjedt, és az itteni abszolutista hercegi udvarok is felkarolták ezt. *Samuel Pufendorf* révén az egész jogi élet természetjogi szabályozásra alapozása az 1700-as évek elejére bevetté vált itt, majd az ő nyomán a logika és matematika professzorából a jog területére átkerült *Christian Wolff* (1679–1754) műveiben egy részletes természetjogi szabályozást és ennek átfogó fogalmi rendszerét alkotta meg 1750-re⁶¹.

Wolff nem volt gyakorló jogász, és csak már mint a matematikában és filozófiában beérkezett tudós kezdett joggal foglalkozni, és fokozatosan kialakított természetjogi rendszere csak átfogó gondolati rendszerének egyik alkalmazási területét képezte. A fogalmaknak egy matematikai pontossággal elrendezett rendszere volt minden területen a célja. Ami Althusiusnál még csak program volt, ő azt megvalósította: minden jogtétel logikai kapcsolatban állt más jogtételekkel, és Wolff mindig utalt más fogalmakra és jogtételekre, melyek végül egy ellentmondásmentes gondolati építményt adtak meg nála. Mivel elméletét a fogalmak definíciói alapozták meg, a nyelvi probléma került nála a középpontba, és jogelmélete egy pontos és következetesen használt szaknyelvet követelt meg. Egyetlen szó sem bírhatott ebben több jelentéssel, és egyetlen fogalmat sem lehetett kifejezni több szóval. Az egyértelmű nyelv jelentéseitől függött a gondolatmenet pontossága. Ezzel a tudományos nyelvvel Wolff kielégítette a jogászok pontosság iránti igényét. A szavaknak egy listáját nyújtotta, és ezek használatára az egymásba átfordításhoz egyenleteket, összességében egy szaknyelvet alkotott, és ezzel lehetőséget adott

⁶⁰ A jogi humanisták itteninél kritikusabb értékeléséhez lásd OSLER: 2001.

⁶¹ A világi alapokra helyezett, újkorai természetjogi eszme fejlődése szakaszolásához lásd: THIEME, HANS: *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*. Verlag von Helbing und Lichtenhahn. Basel, 1954. 13-42.

arra, hogy Európa területein latin nélkül, népnyelvileg is működhessen a jog⁶². Végül egy generációval utána mindkét nagy német kodifikáció, az osztrákoké és a poroszoké, Wolff munkája alapján ment végbe.

A franciáknál hasonlót – egy elméletben megtervezett teljes polgári törvénykönyvet – ebben az időben *Robert Joseph Pothier* (1699–1772) készített el. Kora egyetemi jogászáinak derékhadától eltérő rendszer gondolkodását Pothier társadalmi helyzetének önállósága is biztosította, melyet öröksége alapozott meg, megörökölve 21 évesen Orléansban az elnöki bíróság tagságát, és aztán ötven éven keresztül magántanárként is tanított az egyetemen, illetve a bíróságon is dolgozott. Teljes életvitеле a tudósé volt, nem nősült meg, és egész életét a tudománynak szentelte, noha a gyakorlatot nem hagyta ott. Láttá, hogy a hazai jog bizonytalan és problémás, és a római jogot elemezve nagyon alaposan ugyanarra jutott, mint előtte már Hotman, hogy Tribonianus tehetségtelen összeállítása, a *Digesta* még el is rontotta a klasszikus jogi gondolatokat. Ezért azt kívánatosnak és lényegi részekre egyszerűsíteni törekedett hosszú-hosszú évekig, és fő törekvése volt a *Corpus juris*-ből kiemelni a vezérelveket, majd a vezérelvekre csupaszítva bemutatni azt, teljesen elvetve a ráakódott korábbi masszát. Vagyis véghezvinni azt, amire előtte másfél száz évvel a jogi humanisták is törekedtek. Különösen a kötelmi jogot rendszerezte úgy, hogy a *Code Napoleon* készítői alapoztak rá később, de Berlinben is figyeltek munkájára a kodifikációnál a nagy porosz kódex alkotásakor. Ennek ellenére saját korában az egyetemen nem volt sikere stílusának, és csak 50 éves korára nevezték ki professzornak, ugyanígy a bíróságon is állandóan kellemetlensége volt stílusából és gondolkodásából.

Angliában *William Blackstone* (1723–1780) tette meg azt, amit Pothier és Wolff. Ő matematikát, logikát és építészetet tanult Oxfordban, majd a Middle Temple-ben ügyvédkedni kezdett, de itt csődöt mondott, és 35 évesen ment el akadémiai pályára, ahol az angol jogról tartott előadásokat, és ezzel rögtön nagy sikert aratott. De ezután viszsza ment Londonba ügyvédnek, aztán bekerült a parlamentbe, és később bírói hivatalba is lépett. Kommentárja az angol jogról nagy siker lett, mely az 1700-as évek végére 12 kiadást ért meg, és ettől kezdve az angol jogi gyakorlat is elkezdte használni. „Blackstone összekötötte a matematikai módszert az angol jogi gyakorlattal és a felvilágosodás filozófiájának gondolataival”⁶³. Ám míg a kontinensen a franciák, a poroszok és később általában a németek, majd innen kisugározva az egész európai kontinensen az absztrakt kódexjogot állami jogként megvalósították – és Wolff nyomán Savigny és Puchta vezetése mellett egy absztrakt fogalmi dogmatikára alapozták azt –, addig az angolok megmaradtak az esetjogi konkrétság szintjén a törvényi szabályozás felfutása után is az 1800-s években, és Blackstone elméleti rendszerezése nem került továbbvitelre. Főként nem épült rá erre egy absztrakt kodifikált kódexjog az angoloknál.

A törvény szó értelmének megváltozását is érdemes kiemelni az 1700-as évek során. Korábban a törvény kifejezést is éppúgy használták az uralkodó rendelkezéseire, mint a többi jelölést – dekrétumot, ediktumot stb. –, de ettől kezdve a szabadság és a visszaélésekkel szembeni garancia jelentése kezdett tapadni a törvény fogalmához. A mindenki általi megismerhetőség, a nyilvánosság és a közérthetőség ezzel együtt kezdett a törvény felé követelmény lenni. A franciáknál már I. Ferenc 1539-ben kötelezővé tette a törvények francia nyelven való szövegezését, az angoloknál ez az 1500-as évek végére

⁶² HATTENHAUER: 2004. 549. p.

⁶³ HATTENHAUER: 2004. 557. p.

szintén kötelezővé vált. (Összehasonlításként, nálunk 1840-re vált véglegessé a törvények latin helyett magyar nyelven való szövegezése!) Emellett a korábbi egyedi rendelkezések, privilégiumok, leiratok lehetősége is kezdett eltűnni a törvény fogalmából, és csak az általánosan kötelező rendelkezéseket lehetett felvenni a tartalmába. Ugyanakkor egyre hangosabbá vált a követelés az átfogó-rendszeres kodifikáció felé, noha Montesquieu tapasztalatai már ekkor mutatták a sokféleség létét és az európai országok teljes népességének sokféleségét, normavilágának sokszínűségét, és a jogi homogenizálás ellen hatott érveivel, melyekkel óvott a túlzott egységesítéstől. De vele szemben inkább *Voltaire* (1694–1778) győzött, aki azon gúnyolódott írásaiban, hogy egyik faluban más a jog, mint a másikban, és ez ostobaság. Montesquieu-n túl még egy másik konzervatív, a német *Justus Möser* is tisztán látta kora felvilágosodása túlzott egységességre törekvésének problémáit: „Az igazság mindig ugyanaz marad: minél egyszerűbbek a törvények és általánosabbak a szabályok, annál despotikusabb, szárazabb és szűkkeblűbb lesz az állam”⁶⁴.

Visszatérve Wolff konkretizált természetjogi rendszerére és zárt fogalmi rendjének megalkotására, művével a korábbi átfogóbb szinten maradt természetjogi rendszerek átültethető jogi szabály jelleget értek el, és a kodifikációra törekvő II. Frigyes porosz király és nyomában az osztrákok Mária Terézia utasítására egy átfogó kódex kidolgozását kezdték el 1750-től. Ebből jött létre több évtized múlva a porosz Landrecht 1792-ben a teljes országos jogot szabályozva, és az osztrák polgári törvénykönyv 1811-ben, mely utóbbi módosításokkal még ma is hatályos.

Egy másik hatás a tudományfelfogás változásából („tudomány az, ami absztrakt elvekből logikailag levezethető”) és a természetjogi fogalmi rendszerre törekvésből az volt, hogy a gyakorlatba bekapcsolódó és esetjogot elemző egyetemi jogászság fölött egy rendszeres jogfilozófia kezdett kialakulni a németeknél az 1700-as évek vége felé. Az eseti szabályozások elemzése még nem tudomány, csak ha ez egy átfogó gondolati rendszerre kerül visszavezetésre – fakadt ebből a tudományfelfogásból, így a jogtanítás és jogmagyarázat jogtudományként történő létrehozása az átfogó elvekre való visszavezetést kívánta meg. Ez a törekvés eleinte a természetjog átfogó elméleteihez csatolt jogfilozófiaként igyekezett megteremteni a jog egészének elméleti rendszerét az 1700-as évek második felétől, de fokozatosan megindult az ettől leszakadó, önálló jogfilozófia létrehozása Gustav Hugo művei nyomán, a természetjogi alapokat elvetve és a Montesquieu által elindított történeti jogfelfogás alapján. Gustav Hugo kezdeményezéseit továbbgondolva *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1861) dolgozta ki az átfogó jogelmélet alapjait, és az ő hatására *Georg Friedrich Puchta* (1798–1846) – visszanyúlva Althusius és Wolff jogfogalmi rendszerre törekvéséhez – egy átfogó magánjogi fogalmi rendszer kialakítását állította a középpontba. Vele és Savignyval az a korábbi törekvés, hogy a jogfilozófia révén a jogtudomány tartalmazzon egy értelmi rendszert, úgy változott meg, hogy *magában a jogban is* meg kell teremteni a rendszert⁶⁵. Ettől kezdve követelménnyé vált, hogy az ellentmondásmentes értelmi egység miatt az egyes területek szabályozását is mindig a fogalmi rendszerre tekintettel kell megalkotni, és a bírának is az egyes szabályokat a jog fogalmi rendszeréből kell értelmezni a jog alkalmazása során. Ezzel született meg az 1800-as évek első évtizedeire a jogdogmatika követelése, melyet aztán a század végéig több évtizedes fogalmi elemző és rendszerező munkával

⁶⁴ Idézi tőle HATTENHAUER: 566. p.

⁶⁵ BROCKMÖLLER, ANNETTE (1997): *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden.

alkottak meg, elsősorban a német pandektisták, Savigny, Puchta, Windscheid, Jhering és még egy sor más jogtudós a római jogi intézmények absztrakt fogalmi rendszerré formálásával. A német BGB 1900-ra már ezen épült fel, és a fejlett világ egésze felé elterjedt ez a jogszerkezeti ideál. Ezzel párhuzamosan a büntetőjogban is megindult az eseti büntetőszabályok mögé a rendszeres jogdogmatika kiépítése – itt *Anselm von Feuerbach* (1775–1833) törekvései említhetők úttörőként –, és ugyanígy az eljárásjogok dogmatikai fogalmi rendje is haladt előre. A modern európai egyetemi jogászság – a mindennapi joggyakorlatból jórészt kiemelkedve – az utóbbi másfél évszázadban a tanítás mellett e jogági dogmatikák fogalmi fejlesztéseit végzi el, együttműködve ebben a rutindöntésekből kiemelkedő felsőbbbíróság tagjaival.

2.3. A konkretizáló bírói jogréteg formálódása

Az európai jogtörténetben a mai jogalkalmazó bírói szerep kialakulása több kiindulópontból eredt, és több alakváltozáson át érte el mai formáját. Az egyik forrást a római jog felől az egy-egy döntésre kinevezett iudex és a döntései normatív kereteit megadó praetori formula kettőse jelentette. A laikus iudex csak tényeket vizsgált meg, és a számára adott praetori formula pontosan előírta, hogy a megadott szempontok igaznak bizonyulása vagy meghiúsulása esetére mit kell tennie, és a döntés kimondásával meg is szűnt a megbízatása⁶⁶. Itt a tanult jogász vagy a praetor volt, vagy inkább azok a reszpönzumadó jogtudósok, akik kidolgozták az esetekre a vonatkozó normatív támpontokat, és reszpönzum gyűjteményeikben egész jogterületek normáit összefoglalták. Az évenként megalkotott praetori ediktumok – melyekben a praetorok megválasztásuk után az egyes esetekre a kiadandó utasításaik normatív támpontjait megbízatásuk idejére megadták – a jogtudósok reszpönzum gyűjteményein alapultak, vagy később a császárság felé haladó korszakokban ezek maguk is vezető jogtudósok voltak. Így a laikus bíró (iudex) és a jogot felmutató praetor kettőse hagyományozódott át a késő-középkorban ismét a római jogra visszanyúló európai országok számára.

Egy másik irányból származó minta az archaikus germán jogokból eredt. Itt a bíró csak a döntést létrehozó tanácskozás levezetője volt, aki a döntéshez az erőt és a hatalmat adta, de az ítélezők a közösség tekintélyes, idős tagjaiból kerültek ki, akik a legjobban ismerték a szokásjogot, és ők mondták ki, „találták meg” az esetre a jogot. A bíró ezt csak kihirdette és végrehajtatta. Ezek a kiindulópontok a mai bírói szerep felé különösen kedveztek annak a már jelzett fejleménynek, hogy mind az észak-olasz területeken, mind innen átvéve a németeknél a bíró inkább csak az ítélet-végrehajtó volt jó ideig, és az egyetemi ítélező professzorok és professzori kollégiumok hozták meg az érdemi ítéleteket.

Ez a kettéválás a végrehajtó bíró és a ténylegesen ítélező jogtudósok között a legtöbb európai országban az 1500-as évek végére eltűnt annak menetében, ahogy a megerősödő uralkodói kancelláriák és a nagy városok a bíróságaikat egyetemet végzett jogászokkal kezdték feltölteni. Ahogy a központi hatalom erősödött, egyre inkább központi bíróságokat hoztak létre, és ezek egyrészt a nagyobb ügyeket elvonták az alsóbb bíróságoktól, másrészt az el nem vont ügyekben lehetővé tették a fellebbezést innen a királyi felsőbbbíróságokhoz. Itt pedig fokozatosan a képzett jogászokkal töltötték be a bi-

⁶⁶ STEIN, PETER: *A római jog Európa történetében*. Osiris. Budapest, 2005. 16-18. p., korábbi magyar szerzőnél: PÓLAY ELEMÉR: *A római jogászok gondolkodásmódja. Kazuisztika és absztrakció*. Tankönyvkiadó. Budapest, 1988.

rői posztokat, és ezek egyben már az érdemi ítélkezést is átvették. Ez a képzett hivatalnok-bíró, mint láttuk, a kelet-római bizánci császárságban kapott már előformát, de az újkortól Európa számos részén ez volt a bírói szerep fő formája. Ezt csak színezi az, hogy a franciáknál az állami hivatalok adásvételének gyakorlata miatt a királyi bíróságokon, a „parlement”-ekben a tagság is öröklés útján töltődött fel, mert a megörökölt bírói poszt betöltéséhez a poszt „tulajdonosa” is csak a képzettség megszerzésével kerülhetett. (Nagy nevek voltak az ilyen örökölt bírói posztokon, pl. Montesquieu báró és Robert Joseph Pothier is, akinek – mint jeleztük – jogtudományi összegzése később a Code Napoléon fontos alapja lett.) Ennek inkább az volt a hatása, hogy a pénzüsszegekkel rendelkező kereskedő polgárság nagyobb számmal tudta így elfoglalni a parlamenti bírói posztokat, és ezzel az 1600-as évek elejére a királyi abszolutizmussal szemben a parlamenti királyi bíróságok a harmadik rend képviselőinek egyik bázisát jelentették. (Ezért Richelieu bíboros 1629-től az egyes járásokba kiküldött bíró-intendánsokkal igyekezett semlegesíteni a parlament-eket, a következő király, XIV. Lajos idején pedig jó időre még inkább korlátozták a a parlament-ek bíróinak ellenállását, pl. a királyi rendeletek regisztrálásának megtagadásának jogát a Napkirály uralkodása idejére tiltották.) A németeknél pedig az színezte a képet, hogy bár a német bíróságok is megteltek képzett jogászokkal, de itt kötelesek voltak egy ideig így is felküldeni az ügyeket az egyetemekre ítéletkérésre. Mindenesetre, miután az 1700-as évekre szakmai okok már nem indokolták az egyetemi ítélkezést, a központi akarat érvényesítésére figyelő porosz királyok megtiltották a bírák számára az „aktafelküldést”, de az egész Németországban ez csak 1879-re szűnt meg.

E fejleményekkel párhuzamosan a bírói ítélkezés alapja, a hatályos jog nyilvános összefoglalása is változásokon ment keresztül. A középkor nagy részén hosszú ideig még bizonytalan volt a jogi viták felmerülése kapcsán, hogy mi jog, és ezért az egyik vitás kérdés a perek kapcsán maga a jog bizonyítása volt. Az egyes német területeken az adott országrész országos joga már az 1200-as évek folyamán összegyűjtésre került, kezdve 1230-tól a Szász-tükörrel, majd ennek mintájára a bajor-sváb területeken a Sváb-tükörrel. Ezek szabályozását részben átvették a szomszédos országok is, ahol tovább éltek. De a franciáknál a bizonytalan szokásjog nehézkes bizonyítása arra ösztönözte a királyt, hogy 1454-ben elrendelje a szokásjog területenkénti összeírását és könyvekben való megjelentetését. Ez több évtized alatt meg is valósult, és mivel ezt szakképzett királyi jogászok irányították, bizonyos rendszerezés figyelhető meg a szokásjogi feljegyzések kapcsán. Az 1600-as évek elejére már stabilabb alapra került a franciáknál is az ítélkezés. Itt ez a fejlemény és az abszolutista királyi udvar rendeleteinek kiadása egész jogterületeket szabályozva hozta létre először azt a bírói képet, aki kötve van az előre leírt normákhoz, és azt pontosan alkalmazni köteles. Montesquieu 1748-as, törvények szelleméről írt nagy műve már ez alapján fogalmazta meg a bírót, mint a „hangtalan törvény pusztá száját, aki csak kimondja mechanikusan az esetre a törvényben pontosan előírt szabályt, és alkalmazza a törvény szavát”.

Ez a mechanikus bírói szerep azonban nem tudott a gyakorlatban megvalósulni, pedig a felvilágosodás egyik fő követelése az volt, hogy magát a bírói jogértelmezést is meg kell tiltani. Cesare Beccaria kritikáját a jog szavát csűrő-csavaró bírák önkényéről és ezek szoros törvényhez kötésének szükségességét a felvilágosodás minden híve támogatta. Ennek ellenére, ahogy az absztrakt jogdogmatika kialakult az 1800-as években, és most már nem sokezer részletrendelkezést adtak ki, hanem az absztrakt-rendszeres kódexeket, az egyes esetekre alkalmazva ezek is óriási nyitottságokat hagy-

tak, illetve hagynak azóta is. Így a törvény keretei között döntő bírák a kódexek rendelkezéseinek kereteit tiszteletbe tartva is eltérő ítéleteket tudnak hozni. Ez a nyitottság és az így létrejövő bizonytalan ítélet kilátások az óriási beruházásokkal és pénzeszközökkel működő modern gazdaságokban és az élet minden területén a garanciákhoz ragaszkodó elvárásokkal, elviselhetetlennek bizonyultak nagyon hamar. Így fokozatosan kialakult, hogy a fellebbezésekkel egy központba irányuló joggyakorlat révén a felsőbbbíróságok, különösen az egyes országok legfelsőbb bíróságai, az egyes törvényi rendelkezések nyitottságait állandósult bírói gyakorlatokkal meghatározott irányba beszűkítik, és ezzel folyamatosan egy *konkretizáló bírói jogréteget hoznak létre az absztrakt kódexjog mellett*. A hosszú tapasztalat alapján már elmondható, hogy minél inkább dogmatikailag rendszerezettebb és absztrahált kódexjog jön létre az élet nagy területeinek szabályozásainál, ez annál inkább csak a konkretizáló bírói jogréteggel együtt tud kiszámítható jogszolgáltatást biztosítani.

Mindezen történelmi fejlemények nyomán a következő összkép adható a mai jogszerkezetet illetően: a *szövegréteg* felett rendelkező központi államapparátus és az ezt irányító demokratikus testületek a törvényhozó parlament és a rendeletalkotó kormányalakjában, a *jogági dogmatikai készletet* fejlesztő és kezelő egyetemi jogászság és a felsőbbbíróságok ebbe bekapcsolódó egyes tagjai, valamint a *konkretizáló bírói jogréteg* felett rendelkező legfelsőbb bíróságok napjaink európai jogrendszereiben – és innen átvéve Dél-Amerika országaiban és részben az Egyesült Államokban – együtt kezelik és fejlesztik tovább a jog rétegeit.

3. A jog absztrahálódásának formái – regulák, maximák, jogelvek, jogdogmatikai fogalmak és alapjogok

Az előbbi elemzésekben a jogdogmatikát különítettem el a jog szövegrétege fölött, mely szövegek döntő részben a modern jog szabálypontosságú anyagát tartalmazzák, és ennek eseti konkretizálására a bírói precedensek jogát. Mélyebb történeti és elméleti vizsgálódás azonban a jognak e rétegeit jobban felbontva is bemutathatja. A következő elemzésekben ezt vizsgálom meg.

3.1. Jogi regulák és maximák

A római jog alapvetően eseti döntések tömegét jelentette, és e jog klasszikus szakaszának nagy jogászai csak kiegészítő jelleggel fogadták el a Krisztus előtti másfél évszázadban a görög filozófia hatására ezekből kiemelt néhány regulát (*regulae iuris*). E regulák igazi sikere inkább csak a késő klasszikus korban és az ez utáni időkben a császári apparátus tömeges jogi munkája idején jött el, ahol a kiterjedt birodalom igazgatási és jogi ügyeire a sok kishivatalnok számára egyszerű formulákban kellett kézhez tartani a jogot a klasszikusok remekjogászainak finom disztinkciói helyett. Sőt e korszakban megindult a regulák átfogóbb szempontjai mellé a maximák kialakítása is, melyek még inkább csak a sok esetben közös szempontok leegyszerűsített és rövid összefoglalásai voltak, így az esetek egy részében – ahol más normatív szempontok is kereszteztek ezeket – egyáltalán nem voltak megfelelők. Ennek ellenére a császári Róma korában, különösen a kelet-római súlypont kialakulása után, még a régi eseti jogból is maximákat kezdtek kiemelni, és ezeket beillesztették a klasszikus szövegekbe. Az 533-ban létreho-

zott juszteniánuszi összefoglalás a Digestában és a többi kötetben ezt a kazuisztikus anyagot tartalmazta, de az ebben a korban fontossá vált átfogóbb regulákat és maximákat a Digesta utolsó címeiként összefoglalták, és így hagyták örökölni az utókornak.

A római jog 1100-as évektől történő újjáéledése az észak-olasz és dél-francia részekben továbbra is a kazuisztikus jelleget vitte tovább, és komolyabb rendszerezések csak az 1500-as évektől indultak meg, de a regulákat már a kezdetektől nagy becsben tartották. Sőt Detlef Liebs, a jogi maximák szakavatott kutatója szerint az áthagyományozott római jogi anyagból igazán épp e korszakban indult meg – eleinte a tanítás céljából – a sok részletszabály közös lényegét kiemelő latin nyelvű maximák kialakítása: „Der geschichtliche Rahmen der lateinischen Rechtsregeln war also gewöhnlich weder das klassische römische Recht noch gar eine rechtliche Offenbarung vor aller Zeit auch kein Naturrecht [...] Hauptentstehungsort der lateinischen Rechtsregeln ist vielmehr die spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Schulstube”⁶⁷. A glosszátorok második nemzedékéből az Imerius-tanítvány Bulgarus már 1140-ben egy külön műben összefoglaló glosszát készített a regulákat tartalmazó címről, a Digesta 50. kötetének utolsó, 17. címéről, és ezt a következő glosszátorok is folyamatosan átvették és tovább finomították. A jogi gondolkodáson túl szélesebben ezek az átfogóbb szabályok úgy kezdtek terjedni, hogy az 1200-as évek második felében *Dinus Mugellanus* a kánonjog összefoglalása számára is elkészítette ennek reguláit – alapul véve és átfőrmálva-kiegészítve a Digesta reguláit –, és a középkori oktatás egészének alapvetően egyházi intézményeken nyugvó jellege következtében ezek a szabályok lassanként mint az átfogó európai kultúrkinccs részei kezdtek el hatni. Nézzük meg ezt a folyamatot részletesen.

A pusztai eseti döntések normatíváitól a regulák felé a kiindulópontot a rómaiaknál a Krisztus előtti második évszázad végétől lehet megadni, amikor először jelent meg egy olyan jogász generáció, melynek tagjai már nemcsak az eseti döntések gyűjteményeit állították össze, hanem általánosabban is gondolkodtak a felmerült jogi kérdésekről, dilemmákról, és jogi értekezésekben fejtették ki ezekről álláspontjukat. Pomponius Digestába felvett töredékéből lehet tudni, hogy P. Mucius Scaevola, M. Junius Brutus, M. Manilius és M. Porcius Cato voltak e generáció legismertebb tagjai, és több értekezésben igyekeztek összegezni a római jog egyes területeit. Az ő idejük előtti évtizedekben kezdett elterjedni, hogy a lehanyagló görög városokból tömegesen jöttek át Rómába görög filozófusok, és kezdtek itt tanítani szélesebb körökben, és a jogi értekezéseket író jogászok között Arisztotelész logikai munkáinak egyszerűsített eszméi fokozatosan elterjedtek. A sok egyedi esetből a közös normák kiemelése és az egyedi leírás helyett az esetek átfogóbb osztályba sorolása és ezek mellé a norma átfogóbb szintű kifejezése erre a görög hatásra alakult ki a római jogi gondolkodásnak ebben a korszakában. Sőt ez a hatás Rómában először nem is a jogászoknál, hanem a kialakuló nyelvészeti gondolkodásban jelentkezett, és az itteni nyelvi és logikai tudás kezdett hatni a jogászok között, és az említett római jogászok már ezeket a hatásokat szívták magukba.

Az első általánosítás a pusztai eseti normából egy átfogóbb norma felé Cato nevéhez fűződik, aki a végrendekezés körében fogalmazott meg egy átfogóbb szabályt az érvénytelen végrendelet utólagos érvényessé válásának kizártságáról. Saját korában ez még *sententia Catoniana* néven volt ismert, de a néhány évtized alatt elterjedt görög technika a gondolati általánosításokról tucat számra hozta létre az átfogóbb regulákat, és

⁶⁷ LIEBS, DETLEF: *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. (Dritte, überarbeitete Auflage.) Verlag C. H. Beck. München, 1983. 12. p.

Cato szentenciájából is a „regula Catoniana” lett. Q. Mucius Scaevola már egész jogterületek átfogó definícióit kezdte el kidolgozni az esetek sokaságából kiemelve a közös jegyeket. „Q. Mucius did not merely make definitiones, Pomponius [...] says that he was the first to arrange the law according to genera [...] in a work of eighteen books. We know, for example, that he distinguished five genera of tutory and that he held there to be as many genera of possession as there were causae of acquiring the property of others”⁶⁸. A görög hatásra a szétszóró esetekből az általánosító tevékenység felé ható fő ösztönző Cicero lett a római jogi gondolkodásban, aki az egész római jogot az általánosítások és a közös fogalmak kiemelése révén egy egységes rendszerben kívánta összefoglalni („ius civile in artem redactum”), de a terven kívül ez nem maradt fenn az utókor számára.

A principátussal kezdődő klasszikus római jog első évszázadában, a Krisztus utáni első évszázadban már tartózkodóbban álltak a jog absztrahálása felé, és az általánosításokat mint torzításokat tekintették az esetileg megállapított normákhoz képest. A korábban kialakított, eseteken túli általánosabb jogi regulákat ugyan megtartották, de ebben a korban továbbiakat inkább csak a jogi tanítás számára hoztak létre. Így Gaiusnak a jogba bevezetésként létrehozott Institúciói is e célból tartalmaztak általános regulákat és definíciókat. A késő-klasszikus korban azonban ismét kezdte visszanyerni jelentőségét az általános normaanyag, és terjedelmes regulagyűjtemények jöttek létre: „The first is Neratius Priscus, who flourished in the reigns of the Emperors Trajan and Hadrian. His *Regulae*, apart from being the earliest, are also longest, covering fifteen books. From the mid-second century are the works of Pomponius, Gaius, and Cervidius Scaevola. Both Paul and Ulpian composed *Regulae* and in the late classical period, Marcian, Modestinus and Licinius Rufinus all wrote in this literary genre”⁶⁹.

Már a klasszikus római jog idején megjelent a jogtudósok által kiemelt regulák, jogfogalmak és jogelvek, másrészt az autoritás, az államhatalom szervei által esetileg megállapított jog közötti viszony vitatása. A később proculiánusnak nevezett iskola ekkor Labeo vezetésével azt állította, hogy az általános jogelvek és regulák, illetve definíciók kiemelve a korábbi eseti döntésekből önálló életre kelnek, és később ezeket lehet mint jogot alkalmazni, kivéve, ha egy esetre egy kivételt kell beiktatni az általános jogelv korlátozására. Ezzel szemben a Sabinus által vezetett sabinianus iskola azt vallotta, hogy a kiemelések pusztán jogtudósi termékek, és ez nem maga a jog, így nincs is kötelező jellegük a későbbi esetek eldöntésénél. Nem véletlenül később a regula-barát proculiánusok vezéralakja, Neratius volt az, aki a regulákból tizenöt kötetben terjedelmes művet állított össze. A regulák megújult szerepét mutatja a késő-klasszikus korban, hogy Hadrianus császár meghívta Neratiust a császári konzíliumába, a legfelsőbb birodalmi jogi testületbe, melynek fő feladata volt a birodalom minden részéből a császártól egy-egy nehéz esetre döntés kérése után a válasz és az eseti ítélet elkészítése, amit egy reskriptumban, leiratban küldtek vissza. A birodalom minden részében tevékenykedő helyi ítélkezők számára csak egyszerűsített jogi leírás, és általános szempontok voltak értelmileg felfoghatók, így az általános jogi támpontok kiemelése és azok egyszerűsített megfogalmazása elsőrendű szemponttá vált. Ez adta a jogi regulák középpontba kerülésének magyarázatát ebben a korszakban: „The subordinate officials in the bureaux

⁶⁸ STEIN: 1966. 39. p.

⁶⁹ STEIN: 1966. 51. p.

would have no time for the subtleties of juristic discussion contained in such works. What they wanted was a guide offering a short-cut to the official view of the law”⁷⁰.

A korábban felmerült vita a jogi regulák, jogelvek jogi erejéről végül a glosszátorok munkáinak eredményeire építve az 1300-as évek első felében Bartolus megfogalmazásában azzal a kompromisszummal zárult le, és vált bevetté, hogy ezek nem alkotnak jogot olyan esetekben, melyek már el vannak döntve, és épp az ezekre vonatkozó konkrét eseti normákból emelték ki mint közös jogi gondolatot az adott jogi regulát. Ám azokra a jövőbeli esetekre nézve, melyekre még nincsenek eseti jogi normák lefektetve, ezek a regulák jelentik a jogot, és ezek alapján kell ezeket az eseteket eldönteni⁷¹.

A jog absztrahálódása az eseti normáktól a regulák felé azonban nem állt meg, és ugyanazok a kényszerek, melyek a cizellált, eseti szabályokra egyszerűbb és általánosabb normatív támpontok kialakítása felé hatottak, egy ennél is általánosabb jogi rögzítést hoztak létre a jogi maximák alakjában. Ez a folyamat különösen a késő-klasszikus kor szerzőinél vált kiemelkedővé. Míg a regulák még több-kevesebb pontossággal tartalmazták a vonatkozó esetszoport kontúrait, és így a bennük levő normatív támpontok alkalmazhatósága nem mosódik el túlzottan, addig a maxima szintű általánosítás már csak egy puszta jogi gondolatot rögzít egy teljes területre. „The regulae which have concerned hitherto have all been rules whose field of application was fairly clear [...] In the late classical period the word regula came to be applied to propositions of a different kind, maxims so abstract that no relationship with a concrete situation is discernible”⁷². Amíg a regula szabálynak tekinthető, noha a széles megfogalmazása miatt sűrűn felmerül kivételek beiktatásának szükségessége – és ezzel korlátozása, mert más jogelvek miatt korlátozni kell érvényesülését – addig a maxima egész jogterületeket áthat az esetek minden korlátozása nélkül: „A maxim is more a catchphrase for use in legal argument. It indicates a broad general principle, which pervades various branches of law”⁷³. A megfogalmazás szélessége és épp könnyű megjegyezhetősége miatti rövidecsége nem ad meg semmilyen közelebbi támpontot, így a maximát a legtöbb esetben csak más normatív támpontok bevonásával lehet konkretizálni, és nem lehet közvetlenül használni. Pl. Paulus egy maximája a 17. címből: „Non omne quod licet honestum est. Nem minden tisztességes, amit szabad”⁷⁴. Persze, aki épp az adott maxima kompromisszumok nélküli használatában érdekelt egy konkrét esetben, az mint a kőbe vésett igazságot hirdetheti, és a vele szemben más normatív támpontról érvelőket mint a ’legnemesebb jog’ megsértőit minősítheti.

A maxima rendszerint egy konkrét esetre kialakított normatív támpont általánosításából ered azáltal, hogy letisztítják a konkrét esetre szabás szavaitól, és általánosan fogalmazzák meg. Például ilyen maximává válást ismer a jogtörténet a gyámok egymás közötti viszonyának szabályozásából, ahol több gyám is volt, és felmerült a sok ilyen-fajta vitában, hogy melyik gyámnak milyen esetben van a gyámolt helyzetéről és vagyónának kérdéseiről döntési joga. Erre adta ki Jusztiniánusz császár egy döntésében azt az eseti szabályt, hogy ami mindegyik gyám felügyeleti körét érinti, azt a kérdést csak mindegyik konszenzusával lehet érvényesen eldönteni. Ez került át aztán az ő Kó-

⁷⁰ STEIN: 1966. 81. p.

⁷¹ STEIN: i.m. 155. p.

⁷² STEIN: 1966. 105. p.

⁷³ uo.

⁷⁴ HAMZA GÁBOR – KÁLLAY ISTVÁN (ford.): *De diversis regulis iuris antiqui*. (A Digesta 50. 17. regulái latinul és magyarul). Budapest, ELTE. 1973. 35. p.

dexéből a középkori kánonjogba olyan általános maximaként, hogy „Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari” – „ami mindenkit érint, abba mindenkinek bele kell egyezni” – minden korlátozás nélkül az eredetileg adott gyámi szituációra⁷⁵. A későbbiekben aztán ez a maxima fő csatakiáltássá vált az egyházon belüli hierarchiában azok számára, akik egy-egy kolostor vezetőjét a kolostor szerzeteseinek jóváhagyásával akarták a hivatalába ültetni, és még tovább általánosodva, a jogi maximák közös európai kultúrkinccsé válásával a felvilágosodás korában már a modern demokrácia egyik fő harci jelszavává válhatott ez a maxima: ami mindenkit érint, ahhoz mindenki hozzájárulása kell!

De a maximává válást mutatja a római jogi per sok bizonyítási szabályának egyetlen rövid mondatba foglalása: „ei incumbit probatio qui dicit non qui negat”, aki valamit állít, annak kell bizonyítania, és nem annak, aki azt tagadja⁷⁶. A részletszabályok eredetileg úgy szóltak, hogy a felperesnél van az általános bizonyítási kötelezettség, de az alperes védekezésre felhozott állításait neki kell bizonyítani, és az itteni vitatott kérdések sokaságát, illetve az ezekre kialakult részletes szabályokat fejezte ki aztán az előbb említett rövid maxima. Ugyanígy említhető a maximaként megformálásra – és így a teljes jogra kiterjesztésre – az öröklés vitás kérdéseire létrejött regula átalakítása, ahol eredetileg a kontextus az volt, hogy ha e körben vitás egy kérdés, és nem lehet egyértelműen eldönteni a döntés irányát a tények alapján, akkor azt az értelmezést kell választani, mely az adott örökös számára előnyösebb. Ám a Digesta összeállítóinak átfogó maximákra törekvése révén úgy kapott ez a regula megfogalmazást már, amely minden korlát nélkül a jog bármely területén felvethető érvként: „semper in dubiis benigniora praeferenda sunt – kétséges esetekben az előnyösebb értelmezés választandó!”⁷⁷. Ám ez így maximaként lerövidítve nyitva hagyja, hogy kinek kell előnyösebbet az választani?! Míg az eredeti kontextusban világos volt, hogy az örökösnek előnyösebről volt szó. Vagyis maximaként kitágítva az általánosabb használat létrejötté egyben egy sor esetben egy bizonytalan normát ad így meg, és csak látszólagos az eligazítása.

Ez a probléma pedig folyamatosan jelen volt a középkorban újjáéledt római jog használatánál, mert a jusztiniánuszi gyűjtemény kötetének feldolgozásában az egyik kiemelt szempont volt azoknak az érveknek a kigyűjtése, melyek a szövetszerű eseti leírásból kiemelhetők voltak, és az eseten túl átfogó jogi érvként is használhatónak tűntek. Ezt nevezték *notabiliának*, és ennek egyik alfaját azon átfogó érvek összegyűjtése jelentette, melyek egymással polárisan szembenálló irányokban adtak érveket az esetek eldöntésénél. E pro és kontra érvpárokat *brocadicumoknak* vagy *brocardáknak* nevezték, és ennek veszélyeit már az 1300-as évek elején felismerte *Cinus de Pistota*, mert ez a jog tetszőlegessé válását jelentette a pernyerésre törekvő ügyvédek és a konzfiliumadó jogi doktorok kezében⁷⁸.

A kommentátor-korszak idején Baldus úgy vitte tovább mestere, Bartolus nézeteit a jogi regulák kötelező jogi jellegéről az eseti jogi normákkal szemben az egyes vitákban, hogy aki egy általános regulára tud hivatkozni, az átfordítja az adott kérdésben a bizonyítási terhet, mert ezzel ő jut előnyösebb jogi pozícióba és közelebb a pernyeréshez. Ám ha a másik fél bizonyítani tudja, hogy az adott esetben más normák miatt az általá-

⁷⁵ STEIN: 2005. 70. p.

⁷⁶ STEIN: 1966. 108. p.

⁷⁷ STEIN: 1966. 119. p.

⁷⁸ LANGE, HERMANN: *Römisches Recht im Mittelalter: Band I. Die Glossatoren*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1997. 142. p.

nos szabály nem alkalmazható, akkor elveszíti ezt az előnyös pozícióját, és a speciális szabályok lépnek be a regula helyett: „Bartolus’ successor, Baldus, emphasized that a party to an action who can cite a rule in his favour is *prima facie* in the right. There is a presumption that his case is the stronger and judgement must therefore be given for him, unless the other party specifically proves that the rule is not applicable”⁷⁹. Ezzel a fenntartással és a csak alárendelt jogerővel való ellátással a jogi regulák nem tudták elnyomni a Digesta és a jusztiinánuszi kodifikáció többi kötetének részletes eseti szabályait, miközben ezzel párhuzamosan a jogi pereken kívüli használatban a római jog maximái és regulái a retorika és a logika általánosabb érvei szintjére kerültek a közös európai kultúrkincsben. Ennek következményeként azt láthatjuk, hogy míg a részletes eseti jogi ügyek ezreinek színességén edzett jogászok számára a normatív támpontok egymást keresztező jellege és ezek összebékítésére állandóan kivételek beiktatása az egyes jogelvek és maximák használata elé óvatosságot parancsolt, addig a szellemi élet nem jogász tagjai a legnagyobb lelkesedéssel tették ezeket érvelésük és ítéletük alapjává, különösen amikor az 1600-as évek második felétől a franciáktól kiindulóan (Descartes, Pascal) az absztrakt-deduktív rendszergondolkodás vált középpontivá az európai kontinensen. Ennek elmaradása az angoloknál és az ő szellemi kincsüket továbbvivő korai amerikai jogi gondolkodásban eltérően alakította a jog absztrahálódásának formáit egyrészt az angol-amerikai jogi életben, másrészt a kontinentális Európa jogi életében.

3.2. A jogi maximák szerepe a pragmatikus angol-amerikai jogi életben

Az angoloknál leállt ugyan a közös európai joggá váló római joghoz történő csatlakozás az 1300-as évektől, de az addig átvett római jog regulái és maximái már a common law összegzőinek kitéphetetlen alapjaivá váltak. John Fortescue 1469-ben az akkori angol common law összegzésére dialógus formájában megírt „De Laudibus Legum Angliae” c. művében azt mondja tanítványának, hogy a teljes jog megismerése ugyan sok-sok évet venne igénybe, de az ennek alapjait jelentő regulák és maximák szintjén ez egy év alatt teljesíthető: „the principles furthermore, which the Commentator (Aristotle) said are effective causes, are certain universale which those learned in the laws of England and mathematicians alike call maxims”⁸⁰. Fortescue után Edward Coke főbíró az 1600-as évek elején már az arisztotelészi első elvek, az axiómák értelmében használta a maximák erejét, melyek az ő értelmezésében mint a jog végső alapjai már nem szorulnak bizonyításra, és szükségszerűen, kivétel nélkül mindig alkalmazandók: „A maxime is a proposition to be all men confessed and granted without prooffe, argument, or disourse. *Contra negantem principia nos est disputandum*”. Majd egy más helyen így kommentálja a maximák erejét: „Maxime, a sure foundation or ground of art is so sure and uncontrollable as that they ought not to be questioned”⁸¹. Párhuzamosan Coke-kal a nagy ellenlábasa, Erzsébet királynő attorney general (főügyész) posztját betöltő Francis Bacon az egész angol common law ésszerűsítésére törekedve 1597-ben egy általános maximagyűjteményben igyekezett a jog alapvető elveit kiemelve azokat törvényerőre emeltetni, ami ha nem is járt sikerrel, de gyűjteménye hatására ezután a

⁷⁹ STEIN: 1966. 154. p.

⁸⁰ MCQUADE, STANLY J.: *Ancient Legal Maxims and Modern Human Rights*. Campbell Law Review. (Vol. 18:75) 1996. 77. p.

⁸¹ SIMPSON, A. W. B.: *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*. The University of Chicago Law Review, (Vol. 48). 1981. 644. p.

későbbi szerzők egyre több maximát alkotva a részletes common law minden részét általános maximák egy-egy nyálábjaként mutatták be. Richard Francis „Maxims of Equity” c. műve 1727-ben jelent meg, és átkerülve az Egyesült Államokba ott még 1823-ban is kiadták. De több szerző után a legátfogóbb Herbert Broom 1845-ös maximagyűjteménye lett, amely ötszáz maximában már a teljes angol jogot átfogta, és külön a bírói szervezetre és a bíraskodásra, külön a vagyoni jogra, az öröklésre, a szerződési jogra, az alkotmányjogra, a büntetőjogra, a bizonyításra stb. a maximák tucatjait sorolta fel, és ezeket példákon bemutatva kommentálta értelmüket és kapcsolataikat.⁸² Ezek jó része a római jogból származott, és vagy a regulákhoz tartozott, vagy abból kiemelve a glosszátorok és a kommentátorok hozták létre őket notabiliaként, illetve ezek mellett az angol jogi életben ezek mintájára alakítottak ki a részletes eseti szabályokból az átfogó jogi gondolatokat kiemelve maximákat⁸³.

A kontinentális Európa óvatosabb használatával szemben tehát az angoloknál és nyomukban az amerikaiaknál a maximáknak, az átfogó jogelveknek erősebb szerep jutott, és míg Bartolus, majd nyomában Baldus csak a jogi érvelés első fázisában engedte meg érvényesülésüket, melyekkel szemben a speciális helyzetre részletesebb szabályok felmutatásával azok háttérbe szorítását lehetett elérni, addig az angol-amerikai jogi életben ezek a vitathatatlan és kivétel nélküli érvényesülésre töre normatíva szerepét kapták meg jó ideig.

Ennek azonban fokozatosan vége szakadt a common law országokban is az 1800-as évek közepétől. Ugyanis, ha nem is olyan kizárólagosan, mint a kontinentális Európában – élen a németekkel – vált középpontivá a korábbi topikai jellegű maximákkal szemben a feszes értelmi rendszerre törekvő jogdogmatika az egyes jogterületek szabályozásában, az angoloknál és főként az amerikaiaknál is megindult a rendszeres monográfiákban összefogott jogi feldolgozás. Az amerikai *Joseph Story*, aki később a legfőbb bírói fórum tagja is lett, kilenc rendszeres monográfiába fogta össze az 1800-as évek első felében a magánjog és az eljárásjogok egyes témaköreit, de rajta kívül is egy sor szerző ilyen monográfiában összegezte a jog egyes intézményeit. Ezek fényében a laza maximák halmaza, a konkrét esetekben állandóan egymást keresztező hatásaikkal és ellentmondásaikkal elvesztették elsőrendű szerepüket. Épp ami korábbi sikerüket hozta, az epigrammaszerű rövid megfogalmazásuk, mutatkozott a modern ipari társadalmak életének bonyolult jogi vitái számára elégtelennek. Így az 1900-as évek elejére lényegében teljesen háttérbe szorultak a maximák és a jogelvi szintű támpontok a bírói ítélkezésben, és inkább csak illusztrációként merültek fel a jogi érvelésekben a régi jogi maximák.

Ebben a helyzetben hozott fordulatot az 1960-as évek elejétől az amerikai jog középpontjába kerülő alkotmányos alapjogokra támaszkodó alkotmánybíráskodás. Ennek megértéséhez azonban először közelebről meg kell nézni az 1700-as évektől az európai kontinensen végbemenő folyamatokat és tendenciákat a jog és a morális szféra absztrahálódása felé.

⁸² BROOM, Herbert: *A Selection of Legal Maxims, Classified and Illustrated. Eight American from the Fifth London Edition*. 1882. Philadelphia.

⁸³ Pl. Edward Coke is kialakított két ilyen maximát, és a nagyobb hatás kedvéért a római maximák tömör latin fogalmazási stílusát használta erre ő is, lásd SIMPSON: 1981. 636. p.

3.3. A rendszeres jogdogmatika és az emberi jogok párhuzamos kialakulása

I. Az 1600-as évek elején az európai szellemi élet középpontjává vált Franciaországban a középkori eseti-praktikus gondolkodási formák helyére az absztrakt elvekből induló deduktív gondolkodás kezdett benyomulni, melyet az első alkalmazási területéről „geometriai gondolkodásnak” neveztek a következő évtizedekben. *René Descartes* a korábbi francia logikai munkák alapján nagy hatással fogalmazta meg az absztrakt első elvekből dedukcióval dolgozó rendszer-gondolkodás követelményeit, és a sok eset részletei helyett a közös jegyeken nyugvó logikai elemzés előnyeit. A közös jegyekre törekvő leírások a szükségszerűen igaz elvekre alapozva és ezekből feszes logikai lépésrendben dedukálva valódi igazságokat tudnak felmutatni, és ez lehetővé teszi, hogy az első biztos elveken túl is biztos igazságokhoz jussunk. Mindennek az alapja pedig a részletektől eltávolodó absztrahálás, az ezzel nyert tézisek biztos első elvekre (axiómákra) történő visszavezetése, és az így igazolt középszintű tételek aztán biztos alapot adnak arra, hogy belőlük szillogisztikus logikai módszerrel dedukálva más területeken is rendet vigyünk a részletek kaotikus sokaságába.

Ezt az absztrahálódási folyamatot vitte tovább a jogban *Samuel Pufendorf* az 1660-as évektől átfogóbb fogalmakat és elveket kiemelve, ám már nem pusztán elmés-rövid maximák képében, hanem ellentmondásmentes viszonyba állítva az egyes fogalmakat, és ezzel absztrakt rendszerbe foglalva a római jog hagyományos anyagát. Nyomában a matematikus-teológus *Christian Wolff* az 1730-as évektől még feszesebb logikai rendben állította össze a magánjog és a jogi eljárások dogmatikai fogalmait, dogmatikai elveit, és az 1800-as évek elejétől ezt tetőzte be aztán *Savigny*, *Puchta* és *Anselm Feuerbach* tudatos tevékenysége az egyes jogági dogmatikai kategóriák rendszerének kialakításával⁸⁴.

E fejlemények eredményeként a kontinentális Európa egyes országaiban az 1800-as években dogmatikailag rendszerezett szabályok százait tartalmazó kódexekben fektették le a jog egyes ágainak szabályozását a magánjogban, a büntetőjogban, majd az eljárásjogokban és a leszakadó új jogterületeken, mint pl. a munkajogban. A jog itt az újkori fejlődések alapján már a római jogi regulák absztraktságának szintjén vált rögzítetté, szakítva a római jog eseti konkrétságú jogával, épp azon ösztönzők hatására, melyek a késői római császárság bonyolult igazgatásának korában sem tették már lehetővé a pusztá eseti normákon felépülő jogszolgáltatást. Ám a modern kor dogmatikailag rendszerezett joganyaga az absztraktságnak olyan magasabb szintjére jutott el, mely a bírák számára már túl nagy mérlegelési szabadságot biztosított az egyes esetek eldöntésében, és ez jogbizonytalanságot hozott létre. Ezért az 1800-as évek folyamán, noha a felvilágosodás tézisei között a legnagyobb tilalmat mondták ki rá, a bírói jogalkotás is kialakult, és az absztrakt kódexjog keretei között egy folyamatosan működő konkretizáló bírói jogréteg jött létre, mely nélkül ez a jog nem tudna kiszámíthatóan működni. A kódexek szövögregéjében és a jogdogmatikai fogalmi rétegben megtestesült, absztrahálódott jog így csak a konkretizáló bírói jogréteggel együtt tud megfelelő jogszolgáltatást adni a kontinentális Európa országaiban.

⁸⁴ Lásd ezt részletesebben HATTENHAUER : 2000.; magyar nyelven POKOL BÉLA: *Középkori és újkori jogtudomány. Az európai jogi gondolkodás fejlődése*. Dialóg Campus Kiadó. Budapest, 2008. 117-152. p.

II. A feszes értelmi rendszert alkotó jogfogalmi dogmatika és ellentmondásmentes fogalmi apparátusa az 1800-as évektől az egész kontinentális Európában uralkodóvá vált, és a korábbi jogi maximák, brocardák, jogelvek mint rendszert nélkülöző és ellentmondásos jogi támpontok elvetésre kerültek. Ám e fejlődési folyamattal párhuzamosan az 1600-as évek elejétől egy másik folyamat is megindult, és ez egyrészt a jogon belül létrehozta a világi természetjog eszméjét, másrészt a főként jogon kívüli morálfilozófusok és más szellemi emberek által középpontba emelt emberi jogok eszméjét. Ebben a kiindulópontot a holland *Hugo Grotius* jelentette az 1625-ben megjelent művével, és nyomában a korábbi keresztény természetjog helyett az ésszel feltárható világi természetjog eszméje kezdett terjedni. A jogon belül ez is hozzájárult az előbb említett rendszeres jogdogmatika létrejöttéhez, de a jogon kívül az absztrakt emberi jogi katalógusok felállítása a morálfilozófusok révén egyre inkább az ideológiai-politikai harc középpontjába állította az emberi jogokat. Mint már az előbbieken látni lehetett, az absztrakt jogelvek, maximák a konkrét alkalmazásban ténylegesen egymást keresztezik az esetek nagy részében, de a nem jogász laikusok az ezekben rejlő okos jogi gondolatok lelkes híveivé váltak már az újkor kezdetétől. Az absztrakt emberi jogok ugyanígy csak egy-egy támpont megadására alkalmasak, és konkrét esetekben mindig csak egy sor egymásra tekintettel létrehozott korlátozással lehetnek megfelelőek. A feudális állapotokkal elégedetlen ideológiai-politikai harcokban azonban ezek gyújtó jelszavakká válva mint igazi kényszerítő első elvek és abszolút igazságok kerültek kiemelésre.

A francia felvilágosodás absztrakt racionalizmusa absztrakt elvekből dedukált ítéleteket és társadalomépítési terveket hozott létre a mindennapi szellemi harcokban, és amikor e szellemi mozgalom alapján a francia forradalom végbement, és az absztrakt elvek és emberi jogok alapján kérlelhetetlenül ítélték el az ellenségnek minősítetteket, a forradalomárok absztrakt racionalizmusa jórészt a forradalmárok egymás általi kiirtásához vezetett. (Majd kísértetiesen ugyanez ismétlődött meg az ugyanilyen elvi alapokon és gondolkodási stílussal tevékenykedő orosz bolsevik forradalmárok esetében is!) Az absztrakt elveken nyugvó ítélkezés szörnyű tapasztalatai vezették aztán a francia forradalom kortárs angol gondolkodóinak egy részét arra a belátásra, hogy a pragmatikus megfontoltságot és a fennállónak mindig csak részleges változtatását részesítsék előnyben az absztrakt racionalizmussal és annak minden hagyományt kiírtó jellegével szemben⁸⁵.

A francia forradalmárok az 1789-es Emberi Jogok Nyilatkozatában hagyták örökölni ez irányú hitüket, és míg a forradalmuk szörnyű tapasztalatai alapján aztán ezeknek a kontinentális Európában hosszú ideig nem volt hatásuk, a frissen alkotmányozó és függetlenné vált Egyesült Államokban beemelték ezeket mint alkotmány-kiegészítéseket az alkotmányba. Ezek jórészt politikai szabadságjogok voltak – szólásszabadság, gyülekezési szabadság stb. –, és a későbbi politikai harcokban az 1848-ban vagy még később a tervezetek szintjére eljutó európai alkotmányok egy része szintén tartalmazott már ilyeneket. Ezek azonban ekkor inkább csak feladatkitűzések voltak a törvényhozó számára, és nem eseti ítélkezés szintjén lévő jogot jelentettek. Nem változott ez az amerikaiaknál azzal sem eleinte, hogy 1803-ban az ottani legfőbb bírói fórum úgy döntött, hogy az alkotmány alapján a szövetség és a tagállamok törvényeit az alkotmányhoz méri, és amennyiben az ott lefektetett hatásköröket túllépve hozott létre valamelyik szint törvé-

⁸⁵Lásd Edmund Burke ezt kifejtő gondolatainak elemzését SUNSTEIN, CASS R.: *Burkean Minimalism*. Michigan Law Review. November, 2006. (Vol. 105) 2007. 353-408. p.

nyeket, azokat alkotmányellenesség címén nem engedi alkalmazni. Ez jelentette az alkotmánybíráskodás megjelenését a modern történelemben, de ez eleinte csak hatásköri bíráskodás volt, és a szövetségi, illetve a tagállami állami szervek egymás közti hatásköri vitáinak eldöntésére szűkölt. Ez kezdett megváltozni, amikor az 1900-as évek elejétől az alkotmányos alapjogokra és alapelvekre hivatkozva már a hatásköri vitákon túl is elkezdte a szövetségi legfőbb bírói fórum alkotmányellenesség címén megsemmisíteni a törvényeket. Ezzel az alkotmánybíráskodás nagyrészt alapjogi bíráskodássá vált, és a demokratikus akaratképzés és a kongresszusi törvényhozás konkurenciájaként is elkezdett működni.

Ez a jellegváltozás és az ebben rejlő politikai lehetőség vitte abba az irányba az amerikai nagytőkés csoportok egy részét, hogy ne a tömeges választásokon és a törvényhozási többség birtokában, törvények útján igyekezzenek domináns helyzetbe kerülni a konkurens társadalmi csoportokkal és más tőkéscsoportokkal szemben, hanem az alkotmánybíráskodást végző bírói fórumokon többséget szerezve és az alkotmányos alapjogokra alapozott alkotmánybíráskodási folyamatokra támaszkodva. Ezt a politikai stratégiát az 1910-es évektől a kereskedelmi és banktőke nagy csoportjai kezdték kiépíteni, és a konzervatív amerikai többséggel szemben a különböző kisebbségek sérelmeire támaszkodva, ezeket felkarolva igyekeztek össztársadalmi dominanciát szerezni és számukra kedvező társadalmi és politikai változásokat létrehozni, illetve a rivális termelőtőke csoportjait és társadalmi bázisukat háttérbe szorítani a társadalom irányításában. A legnagyobb bankárcsoportok hozták létre az 1920-as években az American Civil Liberties Uniont (ACLU), és ennek segítségével eleinte a fekete kisebbség sérelmeit felkarolva ezek alkotmányos jogaiért szálltak síkra – pénzügyileg is támogatva ezek csúcsszervét a NAACP-ot –, majd az 1950-es évek közepétől a legfőbb bírói fórumon, a Supreme Court-on többséget szerezve ennek a társadalomirányítási technikának, egymás után hozták létre a különböző emberjogi alapítványokat és alapjogi mozgalmakat. A későbbiekben a feministák, a homoszexuális/leszbikus kisebbségek követeléseit, majd a bevándorlókat, a hajléktalanokat, az állatvédőket, mozgáskorlátozottakat stb. kisebbségeit felkarolva a korábbi masszív amerikai konzervatív többséget sok kis, egymással szemben álló kisebbség halmazává alakították át, és a politika alapja a kisebbségvédelem lett, illetve az ezen keresztüli össztársadalmi uralom elérése és fenntartása. „The American Fund for Public Service was created in 1922, and for a short time it supported key rights-advocacy efforts. Roger Baldwin, the Director of the ACLU, became the director of the new fund as well, and the original board of directors consisted largely of the members of the ACLU’s national committee [...] the Fund supported a wide array of left-wing causes in the twenties and thirties and the Fund was the primary source of financial support for court battles directed by the ACLU in the twenties [...] The stock market crash of 1929 devastated the Fund, however, and as a consequence its support for litigation dropped dramatically in the thirties”⁸⁶. Ennek révén a törvényhozás mellett (sőt felett) állva az alapjogi alkotmánybíráskodás vált a főbb normatívák kialakítójává, most már nemcsak a törvények létrehozatalát kontrollálva, hanem közvetlen alkotmányos alapjogi perlést is lehetővé téve, így az egyes vitában álló fél választhat, hogy az egyszerű törvények részletesebb szabályai alapján perel-e, vagy inkább alkotmányjogi pert indít, és alapjogi érvek mentén fogalmazza meg sérelmét. Az amerikai ügyvédi irodák ezrei álltak rá erre a perlésre az 1960-as évektől, és alakították ki a közvetlenül

⁸⁶ EPP, CHARLES R.: *The Rights Revolution. Chicago and London*. Chicago University Press. 1998. 58. p.

alapjogokra épülő perlés technikáit, és ezt a lehetőséget az alapjogi mozgalmak is jogi részlegek létrehozásával használták ki. A „cause lawyers”, a „jó ügy jogászai” egy-egy kisebbségi mozgalom jogászrészlegeit jelentik, akik a mozgalom politikai céljait a bírói tárgyalótermekben az alkotmányos alapjogok felhasználásával harcolják ki, felhasználva a precedensteremtésre ezeket⁸⁷.

Ezek a fejlemények az 1960-as évek második felétől új jogelméleti irányzatokat hoztak létre, melyek a jogdogmatikai kategóriák mellett/helyett ismét a jogi maximák, jogelvek rehabilitálását hozták létre az amerikai jogi életben, és az alapjogi érvelések szükségszerűen eleve csak lazább érvei mellett a jog központi részeivé váltak ezek is.

3.4. A jogelvek és jogi maximák rehabilitálása: Dworkin fellépése

Az előbb vázolt alapjogi forralom az Egyesült Államokban a korábbi dogmatikailag rendszerezettebb, törvényeken és precedenseken nyugvó jogszolgáltatás helyett az absztrakt jogi támpontokat adó alapjogokból levezetett lazább és politikai értékválasztásokon nyugvó alkotmányjogi perek tömegessé válásához vezetett, és ezekben az eltelt évszázadokban időközben diszkreditálódott maximák és jogelvek ismét erősebben jelentek meg. Egy-egy eset eldöntésénél ugyanis a legfőbb bírák a laza alapjogi támpontokból nem tudnak egész jogterületeket ellentmondásmentesen lefedő logikai tisztaságú jogfogalmakat kialakítani. A banktőkés köröknek a szellemi szférában és a médiában levő óriási háttérre – neogramsciánusan szólva: organikus értelmisége – azonban széles szellemi, művészeti támogatást és ennek közvéleménybeli elterjesztését biztosította számukra. Az egész úgy lett beállítva, mint az 'ember jogaiért' való harc az önző politikusok törvényeivel szemben. Ez a fejlemény a jogi maximákban és a jogelvekben való gondolkodást ismét nagy mértékben rehabilitálta az amerikai szellemi életben, és ekkor lépett fel – mintegy a már végbement folyamat teoretikus összefoglalásaként – Ronald Dworkin az 1960-as évek második felében a szabályokkal szemben a jog magasabb rendű rétegeként felfogva a jogelveket.

Dworkin az angol *H.L.A. Hart*, oxfordi professzor jogfelfogása ellen lépett fel, aki 1961-ben a nagyjából konszenzussal rendelkező jogfelfogásnak adott hangot a szabályokból álló modern jogról⁸⁸. Dworkin ezzel szemben emelte ki, hogy ez a jog beszűkítését jelenti, hiszen a szabályszerű jogi rendelkezések felett ott vannak még a common law íratlan jogelvei, és ezek az ütköző szabályszerű rendelkezéseket háttérbe szorítva hatnak a bírói ítélezésben. Dworkin tanulmányából nyilvánvaló, hogy az e kérdésben lezajlott hatszáz éves fejlődés és a változások minden ismerete nélkül vetette fel ezt a kérdést, és a példát egy 1897-es amerikai felsőbbbírósági ítéletből vette, ahol egy öröklési kérdést – a végrendeleti örökös meggyilkolta az örökhagyót az öröklés gyors megszerzése érdekében – a bíróság egy átfogó jogi maximára alapozva döntött el, megfosztva a gyilkos örököst az örökléstől, mely ítélet így másképpen szólt, mintha csak a szabályszerű öröklési jogi normákat vette volna figyelembe. E példa alapján Dworkin átfogó tézise aztán úgy szólt, hogy a jog a szabályszerű joganyag mellett a jogelvi szintű joganyagot is tartalmazza, és ütközés esetén a jogelvek szintje a felsőbb, az tolja háttérbe a

⁸⁷ Lásd SCHEINGOLD, STUART: *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. in: Sarat, Austin/S. Scheingold (ed.): *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York. Oxford University Press, 1998. 115-150. p.

⁸⁸ Lásd: HART, H. L. A.: *A jog fogalma*. Osiris. (Ford. Takács Péter) Budapest, 1995. 59. p. HATTENHAUER: 2000.

szabályokat⁸⁹. Ez pontosan az, amit Coke főbírától kezdve az angolok, majd az amerikaiak is vallottak – szemben a kontinentális Európa jogaiban való szerényebb jogelvi szereppel –, és ez szorult a háttérbe Dworkin előtt kb. száz évvel, ám egy-egy amerikai felsőbbbírósági döntésben azért még lehetett találni ilyen jogi érvelést és ítélethozatalt, mint ahogy kivételképpen Dworkin talált is 1897-ben⁹⁰. Ezek háttérbe kerülése azonban a feszebb jog megteremtéséért történt, és a jogdogmatikai fogalmak mellett ezek a jogelvek és maximák csak érvelési segédeszközként jöhettek számba. Dworkin ezt a háttérbe tolt szerepet változtatta meg fő elméleti téziseként.

A németeknél a jogi maximák hasonló rehabilitálásának kísérlete 1952-ben *Theodor Viehweg*nek⁹¹ a topika és a topikai maximák középpontba emelésével történt a túlzottan merevnek ítélt jogdogmatikával szemben, de az alapos megvitatás után ez csak úgy hatott a német és innen kisugározva a többi kontinentális ország jogi gondolkodásában, hogy a jogfejlesztés első fokozatában van csak helyük a topikai maximáknak, és a második lépésben az így kialakított normákat az adott jogterület fogalmi rendszerét a középpontba véve kell beilleszteni ezeket a jogdogmatikába. Így a jogi maximák ebben a felfogásban megmaradtak a jogdogmatikának és a szabálypontosságú jogi rendelkezéseknek alárendelt állapotban – úgy ahogy hatszáz éve Bartolus eldöntötte e kérdést. Persze a jogi maximák a kontinentális Európában is több-kevesebb fokban áthagyományozásra kerülnek az utóbbi jogászgenerációk között is egy szűkebb körben, de ezek inkább a „szakma” presztízsének fenntartásaként mintsem a szabályokkal szembeni jogpolitikai harcok eszközeként jelennek meg. Például a már említett német Detlef Liebs 1983-as könyvében német fordítással együtt 1640 latin nyelvű jogi maximát adott közre, melyek egy részét a képzettebb német jogászok néha még ma is használják⁹².

Látni kell azonban, hogy a jogi maximák, az alapjogok erőteljes nyomulása révén a jogon túli erőviszonyokat tekintve óriási támasztékot kapnak az utóbbi évtizedekben Európában is, mint ahogy az alapjogok Amerikán belüli előtérbe kerülése és a társadalomvezetés kongresszusi törvényekről a legfőbb bírói fórum alkotmánybíráskodási döntéseire való átkerülése is a társadalmi-politikai erőviszonyok egy konstellációja révén történt meg az 1960-as évektől. Az átfogó politikai-hatalmi változások révén az emberi jogok eszméje és a természetjog gondolata hatalmi célzattal kapott erőteljes támogatást itt, és eleinte az Egyesült Államokban, majd az itteni domináns politikai erők nyomására az európai országokban is a jog meghatározásának fő részévé váltak ezek. A II. világháború után a győztes amerikai csapatok ellenőrzése mellett végrehajtott alkotmányozás a németeknél, az olaszoknál és az osztrákoknál beemelte az alkotmánybíráskodás intézményét, és az emberi jogok katalógusát az alkotmányba foglalva konkrét jogalkalmazási szintre vitték le ezeket. Igaz, hogy a jognak ez az „alkotmányjogiasítása” a német, az osztrák és az olasz jogi kultúra beivódása miatt nem igazán érte el azt a hatást, amit otthon az USA-ban ez véghezvitt, de ez a folyamat tovább folytatódott a szovjet hatalmi blokk Amerika általi felbomlasztása után az 1990-es években. Itt is széles hatáskörű alkotmánybíráságokat létrehozva, és itt már nincs annyira ellenálló jogi gondol-

⁸⁹ DWORKIN, RONALD: *Is Law the System of Rules?* in: uő (szerk.): *The Philosophy of Law*. London. Oxford University Press, 1977. 65-89. p.

⁹⁰ De tulajdonképpen előtte ötven évvel Benjamin Cardozo, aki könyvében a jogelvek szerepét épp erre az ítéletre alapozva vette be a jogba, lásd CARDOZO, BENJAMIN N.: *The Nature of Juridical Process*. New Haven: Yale Univ. Press, 1921.

⁹¹ VIEHWEG, THEODOR: *Topik und Jurisprudenz. Fünfte, durchgesehene u. erweiterte Auflage*. München: Beck, 1974.

⁹² LIEBS: 1983.

kodás a szabálysintű jog és a jogdogmatika védelmében, mely kellőképpen megszelídítene a jog alkotmányjogiasítását. Emellett Európa egészének szintjén olyan szervezeteket alakítottak ki, illetve erősítettek meg az 1990-es évektől, melyek az egyes országok belső jogi és politikai rendszerei felett az emberi jogokat központi ellenőrzési eszközzé formálva használják. Így az Európa Tanács és a strassbourgi Emberi Jogi Bíróság említendő erre. Ezeken keresztül az egyes államok belső joga ellenőrizhetővé és felülbíráhatóvá válik. *Jürgen Habermas* ugyan az emberi jogok védelmének nevében végrehajtott amerikai vezetésű katonai csapásokat és megszállásokat nevezte 2001-ben „emberjogi imperializmusnak”, de ez az általunk most kiemelt globális ellenőrzési módszer is említendő erre.

Ennek hatására a jogdogmatika háttérbetolása figyelhető meg a jog egy sor területén, és a konkrét magánjogi, büntetőjogi és perjogi szabályokat az alkotmányos alapjoggá formált emberi jogok és természetjogi elvek fényében lehet felülbírálni. A gond azonban ezekkel az emberi jogokkal és jogelvekkel abban áll, hogy ezek ugyan átfogó civilizációs értékeket jelentenek, de konkrét szinten egy-egy eset elbírálásánál kibékíthetetlenül szemben állnak egymással. Érdemes erre a problémára hosszabban megidézni a skót Neil MacCormickot: „Why not just let the principles and values do their work without the seemingly useless interposition of rules at all? (...) Why tie ourselves down with these detailed and complex rules and statutory provisions behind which we always have to make recourse to the underlying principles and values to sort out our ever-recurrent problems of interpretation (...) So reliance on raw values and principles would have two defects (...) A determination or concretization of a principle for a specific class of case is not a deduction from it, nor a discovery of some implicit meaning; it is the act of setting a more concrete and categorical requirement in the spirit of the principle, and guided both by a sense of what is practically realizable (or enforceable), and by a recognition of the risk of conflict with other principles or values, themselves concretized through other determinations. Neither line-drawing between duty and aspiration, nor achieving some standing balance or reconciliation of potentially conflicting values or principles is possible without some recourse to determination”⁹³. Vagyis a modern jogrendszerek dogmatikailag rendszerezett és a rendező elvek között korlátokat és kompromisszumokat beiktatva alakuló szabályai hordozzák az alapvető értékeket és jogelveket is, ám épp ezek ellentmondásainak megszüntetése kapcsán kaptak ilyen tartalmat. Így ha lehetővé tesszük, hogy e szabályok fölött közvetlenül az alapjogokhoz és a jogelvekhez lehessen fellebbezni – és nem csak ezen szabályok értelmezésére használhatók ezek, amennyiben nyitottságokat hagytak és valamilyen irányba értelmezéssel elvihető értelmük, hanem félre is lehet tolni a szabályokat ezekre támaszkodva –, akkor tulajdonképpen az eltüntetett ellentmondásokat ismét behozzuk a bíró normatív támpontjai közé. A bíró ekkor valamelyik vonatkozó alapjogot és jogelvet részesíti majd előnyben, és más alapjogokat és jogelveket kénytelen lesz háttérbe tolni, vagy nem is érintve ezeket háttérben hagyni. Mire a vesztes fél ügyvédje – ha jól végzi a feladatát, és felkészült a pernyerésre rendelkezésre álló teljes alapjogi anyagból – fellebbezni fog, és a háttérben hagyott alapjogokra és jogelvekre támaszkodva kéri a felsőbb bíróságot az ellenkező irányú ítélet meghozatalára. Vagyis a jog menthetetlenül nyitottá és eldönthetetlené válik az egyes esetekben.

⁹³ MACCORMICK: MacCormick, Neil (1990): *Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS*. Oxford Journal of Legal Studies. (Vol. 10) 547-548. p.

Az amerikai *Frederick Schauer* más szempontból kérdőjelezi meg a szabályok és jogelvek/standardok önálló szintekre való szétválasztását. Elemzése szerint ha a jogalkotó egy területen az absztraktabb standardok szintjén történő szabályozást választja, és kerülve a területen belüli szűkebb esetcsoportokra a pontosabb szabályok megadását csak absztrakt támpontokat ad meg a bírának az eléjük tárt esetek megítéléséhez, akkor a bírói gyakorlat spontán módon elkezd az elveket/standardokat pontosabb szabályokkal kitölteni egy-egy szűkebb esetcsoport vonatkozásában. Ezzel szemben ha a jogalkotó egy területen éppen fordítottan bármilyen absztrakt normatív támpont megadását kerüli, és minden szűkebb esetcsoportra pontosabb szabályokat megadva dönt el minden kérdést, akkor a bírói gyakorlat a sok-sok felmerülő eset kapcsán elkezd az absztraktabb normatív támpontokat kiemelni a részletes szabályokból, és egy idő után a szabályanyag felett egy absztrakt standard/jogelv szintű normaanyag is segíti az esetek megítélését. Vagyis a modern körülmények bonyolult viszonyai között a bírák az eseti ítélkezésben együtt veszik figyelembe a konkrét szabályanyagot és a jogelveket, és ha a jogalkotó csak az egyiket hozza létre, akkor a bírák az ítélkezési gyakorlatukban maguk alakítják ki a másikat. „I want to suggest that the choice between the rules and standards, between specific and vague directives, may not make nearly as much of a difference as is ordinarily assumed. And this is not because there is no difference between rules and standards. There is a difference, but is also reason to believe that the adaptive behaviour of rule-interpreters and rule-enforcers will push rules towards standards, and push standards towards rules”⁹⁴.

A Ronald Dworkin által átfogó szinten létrehozott hamis dualitás a szabályok és a jogelvek között és a jogelvekkel a szabályok überelése csak elméleti alapot adott arra, amit az amerikai 'alapjogi forradalom' az 1960-as években már megvalósított az Egyesült Államokban. Miközben a szabályok ténylegesen az ellentmondó alapjogok és jogelvek kompromisszumokkal konkretizált formáit jelentik, addig Dworkin mint két, egymástól független normaanyagot fogalmazta meg a szabályok szintjét és a jogelvek szintjét, és azt, hogy ha elégedetlenek vagyunk a szabály szintű normával, akkor ezt überelhetjük a „nemesebb” jogelvekkel. Ebben a teoretikus formában aztán jobban exportálhatóvá vált az amerikai alapjogi forradalom, és különösen a volt szovjet blokk közép-európai országaiban hatott a jogi gondolkodásra az 1990-es évektől. Ez azonban, mint láttuk, egy elméleti tévedést tartalmaz. Hatása inkább abban áll, hogy azok a társadalmi csoportok, melyek elégedetlenek a meglévő jog egyes részeivel, erre a jogi ideológiára alapozva a konkrét jogszabályokkal szemben fel tudnak lépni, és a „nemesebb” jogelvekre és alapjogokra támaszkodva más jogi normaanyagot kívánnak létrehozni.

Ráadásul az alkotmánybíráskodás középpontba kerülésével és az alapjogoknak a jog központi részévé válásával megindult a jog egy sor részének „alapjogiasítása” is. Az alapjogok katalógusa a felvilágosodás idején még csak a politikai szabadságjogokat jelentette, az 1800-as évek végétől ezekhez jöttek a gazdasági és szociális jogok, majd az 1970-es évektől a kulturális és információs alapjogok, és azóta nincs megállás. Ugyanis a jog bármely része megfogalmazható alapjogi formában is, pl. a környezetvédelem fontos ügye sok-sok ezer környezetvédelmi szabály kialakítását követeli meg, és ezek kialakítása a sok eltérően érintett érdek között, illetve ugyanígy a sok felmerülő értékszempont között egy politikai demokráciában a politikai viták és kompromisszumok ez-

⁹⁴ SCHAUER, *FREDERICK: The Convergence of Rules and Standards*. New Zealand Law Review. 2003. 305. p.

reit hozza létre. Ám ennek a demokratikus útnak egy alternatíváját jelenti, ha az egész környezetvédelmi jogot az „egészséges környezethez való” alkotmányos alapjogként definiálják, és ha ez sikerül, akkor csak a néhány fős alkotmánybíróságot kell olyan irányba tolni a szellemi és médiaszféra organikus értelmiségének erre specializálódott osztagaira támaszkodva, hogy a környezeti kérdések egyes területein az alapjog részleteit a domináns csoport számára megfelelő tesztekkel és mércékkel pontosítsa. A végeredmény így is egy, a tesztek és mércék százait tartalmazó normatív anyag lesz az átfogó alapjog háttérében, *de ezt nem parlamenti törvények rendelkezéseinek százai, hanem alapjogi ítélezések alakították ki*. Ebben a demokráciához képest alternatív jogalakításban és társadalomirányításban az a társadalmi csoport és tőkés vezetői körei lesznek érdekeltek, akik a szellemi-médiaszférát erősebben az ellenőrzésük alatt tartják, ám a sok millió állampolgár választásokon való ellenőrzésében és így voksaikban nem bíznak.

Végül is tehát az „alapjogi forradalom” az egyes országok jogrendszerén belül úgy fogható fel, mint egy jogváltoztatási technika, mely a jogdogmatikai kategóriák fényében kialakított jogszabályokkal és az ezeket kezelő professzionális jogászsággal szemben egy rajtuk kívüli morálfilozófusi csoport és a médiaelit által támogatott új joganyagot kíván bevezetni. Az alapjogok alkotmánybírói döntéseinek százai és ezrei egy idő után az absztrakt alapjogok köré mércéket és tesztek építenek ki, és egy-egy esetcsoportra hol az egyik, hol a másik alapjogot és jogelvet előtérbe vonva konkretizálják ezeket. Mindezek révén néhány évtized alatt éppúgy egy konkrét jogi szabályanyag jön létre, mint a korábban meglévő volt, csak éppen a jogdogmatikai kategóriák helyett a rendező elvek az alapjogok és ezek tesztjei, illetve mércéi lesznek. Ha azonban egy társadalmi csoport elégedetlen lesz ezekkel, akkor visszanyúlva az alapjogokra és alkotmányos jogelvekre a maguk absztraktságában nekilát felborítani ezeket a tesztekkel és mércékkel, és ezek helyett újakat kialakítva számára kedvezőbb konkrét szabályanyagot fog megteremteni. Vagyis az absztrakt és ellentmondásos alapjogok és jogelvek önmagukban alkalmatlanok a tartós jogszolgáltatásra, és ha túllépünk azon, hogy a kompromisszumaikat tartalmazó szabályok értelmezésére használjuk fel ezeket, és a szabályok féltetolását kezdjük el rajtuk keresztül művelni, akkor csak egy újabb, jogon keresztül végrehajtott forradalmat kezdünk el.

BÉLA POKOL

LEGAL THEORY AND LEGAL HISTORY

(Summary)

The study analyzes three questions of European legal history. Firstly the emergence and the differentiation of role of professional jurist in the Roman development are analyzed and then the development of roles of jurist in the development after Bologna from 1100. Secondly the layers of law (text-layer, legal dogmatics) in the European development from 12. to 19. centuries are analyzed, and thirdly the forms of generalizations of law (*regulae iuris*, maxims, legal principles, legal categories) in the history are outlined. This analysis is a part of a legal scientific research which can be named as structural legal history. This has a place between the traditional research of legal theory and legal history.